REPASO JUDICIAL.

P O R

DON FELIX JOSEF DE GÉRICA,
ABOGADO DEL COLEGIO DE MADRID.



MADRID.
Por la Viuda de Barco Lopez.
1807.

TABLA
DE LOS CAPÍTULOS DE ESTA OBRA.

PROEMIO.

En las difiniciones de los juicios, primer escalon de la Jurisprudencia práctica, nos representan nuestros escritores al oficio del Juez como orígen peculiar de los extraordinarios: á pretexto de la equidad que atribuyen á este oficio, empiezan á comprometernos desde este primer paso en una multitud de intrincadas arbitrariedades: de ellas conviene prevenir á la Juventud, para alejarla de los escollos á que la conducen sus quiméricas sutilezas. Con este objeto he de reducir estos Repasos á tres puntos ó partes. En la primera desde el capítulo 1. al 3. trataré del Juicio, sus difiniciones, y divisiones, haciendo un exámen reflexîvo, sobre las de los ordinarios, extraordinarios y sumarios. En la segunda, des-

de el 4. al 8. inclusive confrontaré sus solemnidades con lo dispositivo de la ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recop. para manifestar por conclusion quál es hoy la calidad de nuestros juicios ordinarios, y quáles son los extraordinarios, y sumarios. Y en la tercera desde el 9. al 22. procuraré fixar las facultades y límites del oficio del Juez, y de su trillado y anchuroso camino á la inobservancia de las leyes, á la arbitrariedad, al mal uso de los remedios judiciales, y á la inmensidad de males familiares ó consiguientes á este desórden, demarcado últimamente con la energía de un conocimiento sabio, y práctico por el señor D. Simon de Viegas en su Discurso filosófico legal sobre el Foro.

ÍNDICE DEL CAPÍTULO.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del Juicio, su difinicion y division.

1 Toda la variedad que se nota entre los autores en razon de la significacion de esta palabra *Juicio*, tomándola unas veces (1) por sentencia ó

A

(1) Ley 1. tit. 22 part. 3. *Curia Filípica* part. 3. §. 8. núm. 1.

mandamiento; otras (2) por proceso judicial; otras (3) por acto de tres personas, actor, Juez, y reo; otras (4) por discusion de causa; y á este tenor otras (5) que no me interesa referir, todas son unas diferencias meramente accidentales, que no nos desvian de la sencilla idea que formamos por primera impresion, sobre que en substancia no es otra cosa que una discusion ó exámen del derecho ó justicia ante el Juez, entre el actor y reo. Por esto me parece que es al menos una descripcion precavida de los reparos que nos apunta D. Domingo Suarez de Paz (6) en su Práctica eclesiástica y secular, y bastante significativa de su esencia, la de Cujacio que le describe ó difine, *judicium est disceptatio, quæ fit ex parte actoris, et rei apud judicem, litis finiendæ gratia.*

2 Esta discusion se puede verificar ante distintos Jueces, bien sean seculares, ó bien eclesiásticos; ó sobre diversas materias, ya espirituales, ya profanas; ó con diferentes fines, unas veces civiles, y otras criminales; ó por distintos caminos ó modos, ya ordinarios ó regulares, y ya extraordinarios y regulares, ó sumarios; naciendo de aqui la division del juicio en sus diversas especies, tomándola por sus quatro causas cardinales, formal, material, eficiente, y final, ó lo que es lo mismo,

(2) Perez in proemio al tit. 1. lib. 3. del Ordenam. versículo *Judicium, et quandoque.*
(3) Perez *loco citato*, vers. *quæro.*
(4) Paz Práct. anotatione 1. núm. 6. Perez ibid.
(5) Paz y Perez *locis citatis.*
(6) Paz ibid. núm. 11.

por su forma, su materia, sus Jueces, ó causas eficientes, y sus fines ó causa final.

3 Forma del juicio, á quien tambien llamamos (1) por otro nombre su figura, se dice aquel órden y conjunto de solemnidades establecidas por derecho para la substanciacion de los negocios ó pleytos: por razon de esta forma se divide en ordinario, extraordinario, y sumario, cuyas tres especies, como que dimanan de la parte mas noble, qual es la forma en todo compuesto, tambien son las mas importantes, mereciendo por esto que se trate de ellas en capítulo separado: asi lo haré en el siguiente, ciñéndome en éste á numerar sucintamente las demas especies de juicios por razon de las otras tres causas, material, eficiente, y final.

4 Materia ó causa material del juicio se llama (1) aquella cosa ó asunto de que se trata: con atencion á ella se divide en universal, general, y particular; en secular, y eclesiástico, ó temporal, y profano; en civíl, y criminal; en público, y privado; en petitorio, y posesorio; y en interlocutorio, difinitivo, y mixto.

5 Universal es el que se intenta mediante (1) accion universal, qual es la peticion de la herencia, la repeticion de la dote, ú otras semejantes comprehensivas de todos los derechos: general se

(1) Maranta *de ordine judicior.* part. 2. núm. 26. y 28. Escacia *de judiciis*, lib. 1. cap. 3. núm. 8. y 9.
(1) Maranta, y Escacia ibid.
(1) Maranta *de ord. judic.* part. 4. dist. 4. núm. 1. Escacia *de judic.* lib. 1. cap. 3. núm. 10.

dice aquel en que se intenta una accion (2) general,
como la de tutela ó sociedad, y todas las demas
en que baxo una sola razon ó motivo se compre-
henden diferentes capítulos ó ramos separados, co-
mo en la de sociedad el de darse cuenta de la admi-
nistracion y reparo de las casas, del cultivo, re-
coleccion, ó ventas de los granos, ó vino, del
giro, gastos, y estado de los pleytos ó negociaciones,
y de todos los demas artículos á que se extienda,
aunque no tengan entre sí ninguna conexîon. Parti-
cular es aquel (3) en que se pretende alguna espe-
cie ó cosa particular ó determinada, como los sier-
vos, ú el trigo del testador, ó un caballo, una he-
redad, ó cosa semejante, bien sea por pertenecerle
por dominio, como en la reivindicacion, bien por
deberse por alguna accion personal, como la de
venta, ó bien por tener en la casa algun derecho,
como el de prenda, hipoteca, usufructo, ú otros
á este modo.

6 Secular, temporal ó profano se dice (1)
aquel juicio en que se trata de cosa que sea tal, co-
mo de una viña, una tienda, un vestido, ú otra co-
sa de que los legos son capaces: espiritual ó ecle-
siástico será (2) si lo fuere la cosa de que se venti-
lare, como de administracion de Sacramentos, go-
bierno de iglesias, órdenes, beneficios, asuntos de
heregía, blasfemias, usuras, amancebamientos, y
otras cosas á este tenor, cuyo conocimiento y jui-

(2) Maranta y Escacia ibid.
(3) Maranta, y Escacia ibid.
(1) Maranta *de ord. judic.* part. 4. dist. 13. núm. 1.
(2) Maranta ibid.

cio en algunas, por ser (3) *mixti fori*, tambien es
secular, perteneciendo á Jueces seculares.

7 Criminal se llama (1) aquel en que se trata
de crímen para castigo del reo, y satisfaccion de la
vindicta pública, sirviendo de escarmiento; como de
un homicidio, robo, falsa moneda, injurias, ú otros
tales excesos: civíl será (2) si se ventilare sobre co-
sa que no trayga orígen de delito, ó quasi delito,
como de algun préstamo, ó venta, ó arrendamien-
to, ó dominio, ó quasi dominio, ó servidumbre, ú
otras cosas á este tenor: aun quando trayga este orí-
gen será (3) juicio civíl, si la pena que se imponga
se aplicare, no al Fisco sino á la parte; pero al con-
trario sera juicio criminal, si se aplicare toda al
Fisco; y mixto de civíl y criminal, aplicándose á en-
tre ambos; esto es, al Fisco y á la parte.

8 Público se decia antiguamente aquel juicio que
se promovia (1) por algun delito cuya acusacion
le era permitida á qualquiera del pueblo; y priva-
do aquel en que no le era: esta diferencia se toma-
ba principalmente de la diversidad de la materia ó
calidad del crímen; mas hoy segun nuestro derecho,
todo juicio criminal podrá decirse público, baxo
aquella consideracion, por serle permitida (2) su

(3) Curia Filípica part. 9. §. 2. núm. 14. y 21. y part. 1. §. 5. por todo él.
(1) Curia part. 1. §. 8. núm. 23.
(2) Curia eodem núm. 23.
(3) Febrero lib. 3. capit. 1. núm. 10: y Curia *loco proxime citato*.
(1) Paz tomo 1. parte 5. cap. 3. núm. 33. y 40.
(2) Curia part. 3. §. 8. núm. 2.

acusacion á qualquiera, salvo en el adulterio; y si atendemos á la causa eficiente radical de los juicios, que lo es la autoridad (3) pública, todos se podrán decir públicos.

9 Petitorio es (1) aquel en que sin intentarse directamente posesion ni quasi posesion, se controvierte principalmente sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de alguna cosa, ó del derecho que en ella competa, como por exemplo, por ser suya, ó por haberla comprado, ó por tener en ella el derecho. De usufructo, el de aqueducto ú el de otra qualquiera servidumbre: posesorio será (2), si solo se tratase de adquirir, retener ó recuperar la posesion; á cuyo fin se han inventado los interdictos de estos nombres, con otros remedios legales que refieren (3) los autores: posesorio ordinario ó plenario se llamará (4) si se procediere guardando las solemnidades ordinarias de derecho: posesorio sumario quando se proceda sin guardarlas; y este mismo es á veces sumarísimo, quando solo

(3) Número 13. de estos Repasos.
(1) Febrero lib. 3. capit. 1. núm. 11. Maranta *de ordin. judic.* part. 4. dist. 7. núm. 1.
(2) Maranta y Febrero ibid.
(3) Elizondo tomo 5. part. 1. cap. 6. §. 5. núm. 3. y 4. Maranta ibid dist. 7. por toda. Gomez á la ley 45. de Toro núm. 128, y siguientes. Febrero loco citato. núm. 248. y siguientes.
(4) Maranta ead. dist. 7. por toda. Elizondo ibid. núm. 3. y 4: Poscio *de manutention.* observat. 2. núm. 41. Covarrubias práct. quæst. cap. 17. núm. 3. y 4. Vinio lib. 4. tit. 15. §. 4. instit. *de interd.* núm 4. vers. *utriusque*. Salas al mismo §. 4.

se trata de una posesion de hecho, ó puramente provisional ó interina.

10 Interlocutorio es (1) aquel que, sin decidir la causa principal, recae sobre su substanciacion, ó termina hácia algun artículo incidente: difinitivo es (2) el que la difine, absolviendo ó condenando, y dando asi fin al pleyto ó controversia.

11 Y finalmente será (1) mixto de interlocutorio y difinitivo, si el interlocutorio tuviere fuerza de difinitivo, ó gravámen irreparable por la difinicion: de la misma manera será (2) mixto de civil y criminal tratando de algun delito, cuya pena se aplique al Fisco y á la parte; y si el conocimiento del objeto ó materia de que se trate perteneciere á Jueces eclesiasticos y seculares, se llamará (3) de fuero mixto; pero por esto no será mixto el juicio, porque ambos proceden separadamente, y valen ambos procesos, no habiendo reclamacion.

12 Causas eficientes de los juicios se llaman (1) los Jueces ante quienes se instauran: por consequencia de esto, asi como no hay mas que dos potestades, eclesiástica, y secular, asi tampoco se conocen mas clases de Jueces, ni mas especies de juicios, con respecto á estas causas, que seculares ó ecle-

(1) Curia part. 1. §. 8. núm 4. Febrero *lib. 3.* capit. 1. núm. 11.
(2) Febrero ibid. núm. 11. Curia ibid. núm. 4.
(1) Curia y Febrero ibid.
(2) Curia, part. 1. §. 8 núm. 23 Febrero, ibid. núm. 10.
(3) Curia part. 3. §. 2. núm. 34.
(1) El Señor Cortavarria *in Decret.* tom. 1. lib. 2. tit. 1. fol. 120. vers. suprà. Paz prax. anotat. núm. 23.

siásticos: secular se dice (2) aquel que se ventila ante Juez secular; y eclesiástico el que ante eclesiástico: estos Jueces, sean seculares ó eclesiásticos, unos tienen jurisdicion ordinaria, otros delegada, otros contenciosa, otros voluntaria, á cuyo tenor hay otras clases de Jueces, como las de los árbitros, y subdelegados: con atencion á todas estas diferencias subdivide Maranta (3) el juicio, por razon de sus causas eficientes, en ordinario, delegado, subdelegado, prorogado, jurisdiccional, voluntario, arbitrario, y contencioso; pero estas distinciones le son forasteras ó extrínsecas al juicio; y si por ellas ú otras tales calidades accidentales hubiésemos de graduar su division, inútil é infructuosamente llevariamos sus especies á un crecido número, (4) á medida de la multitud inmensa de jurisdicciones, y aun de negocios.

13 Causa final por ella dividen el juicio (1) en civíl, criminal, y mixto: civíl será si terminare á utilidad privada, como se ha sentado (2) tratando de la causa material: criminal, tratándose de delito para vindicta pública; y mixto de civíl y criminal, si se tratare de uno y otro; y á esta misma manera tambien será mixto de petitorio y posesorio por razon ó con consideracion á su causa final, si se tratare á un tiempo de posesion y pro-

(2) Paz *loco citato*. Maranta *de ord judic*. part. 4. dist. 11. núm. 1. Ferraris, verbo *judicium* núm. 8.
(3) Maranta ibid. dist. 12. á la 18.
(4) Escacia *de judic*. lib. 1. cap. 3. núm. 6. y 12.
(1) Escacia *de judic*. lib. 1. cap. 3. núm. 7.
(2) Número 7. de estos Repasos.

piedad; y por equivalentes razones lo sería asimismo en otros tales casos, que no interesa, ni me detengo á referir: advirtiendo por último, que aunque todo juicio civíl ó criminal que terminare, como se ha sentado (3), á utilidad particular, se tenga por privado; tambien es (4) y se tiene por público, por dirigirse al mismo tiempo á beneficio público, dando á cada uno lo suyo, y evitando por este medio las discordias que turban la tranquilidad pública.

(1) Número 7.
(2) Maranta *de ord. judic.* part. 2. dist. única, núm. 39. al 46.

ÍNDICE.

dencia, ó relacion intrínseca hácia el juicio ordinario, y la impropia hácia el extraordinario, n. 24.

CAPÍTULO II.

Difiniciones de los Juicios ordinario, extraordinario, y sumario.

14 Juicio en general, ya dexo (1) insinuado, que es una legal discusion entre las partes ante el Juez, con el preciso objeto de averiguar la verdad ó derecho de los interesados por los trámites legales, para dar á cada uno lo que sea suyo, ó se le deba. Estos trámites ó solemnidades, que son (2) las partes constitutivas de la forma del juicio, no son iguales en todos los negocios ó pleytos, bastando en unos menores que en otros, y naciendo de aqui dividirse el juicio por razon de esta su forma, como tambien queda sentado (3) en las tres especies de ordinario, extraordinario, y sumario.

15 Ordinario dice (1) el autor de la Curia Filípica D. Juan Hevia Bolaños, que es ó se llama quando se procede mediante accion ó acusacion *verdadera*, por ser segun reglas de derecho, guardándose la órden y solemnidades de él. Paz conviene (2) substancialmente con esta difinicion, diciendo: *Ordinarium est judicium quoties per viam accusationis, aut petitionis intentatur, vel quoties proceditur juris ordine servato, præcedentibus citatione, libelli oblatione, publicatione et aliis solemnitatibus*; y finalmente concluye con que se puede difinir: *judicium ordinarium est illud, in quo proceditur* mediante *actione vel accusatione vera.* D. Josef Febrero parece que tambien va conforme, diciendo (3), que se llama y es juicio ordinario aquel en que se procede por via de accion, ó acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho positivo.

16 Extraordinario, dice (1) el *mismo autor de* la Curia, que se llama el juicio quando no se procede mediante accion ni acusacion *verdadera*, sino antes de oficio del Juez, y mediante él, por ser contra reglas del derecho, no se guardando su órden y solemnidades. Paz le difine (2): *judicium in quo, sine actione vel accusatione vera proceditur.* Febrero dice (3), que es extraordinario quando no se procede mediante accion ó acusacion *verdadera*, sino de oficio del Juez, sin guardar el órden y solemnidades legales. Los demas escritores nacionales, como los señores Cañada, Elizondo, Bobadilla, Villadiego y otros, solo por indi-

(1) Número 1.
(2) Maranta *de ord. judic.* part. 2. núm. 26. al 28. Escacia *de judic.* capit. 3. y 4.
(3) Núm. 3.
(1) Curia Filípica part. 1. §. 8. núm. 2.

(2) Paz Pract. anot. 1. núm. 14. y 16.
(3) Febrero, lib. 3. de juicios capit. 1. núm. 8.
(1) Curia ibid.
(2) Paz ibid. núm. 14. y 16.
(3) Febrero ibid.

caciones obvias ó transeuntes nos enuncian este juicio, sin detenerse en amplificarnos sus calidades.

17 Sumario es (1) ó se dice, segun el mismo Bolaños, quando se procede sumaria y simplemente de plano, sin estrépito ni figura de juicio. Paz le difine (2) de la misma manera idénticamente; dice que es juicio sumario, quando *in eo proceditur sumarie, simpliciter, et de plano, sine strepitu, et figura judicii.* Febrero tambien va conforme; dice (3) que es aquel en cuyo seguimiento no se observan los expresados requisitos, sino que el Juez procede brevemente, de plano, sin estrépito ni figura de juicio, atendiendo solo á la verdad.

18 Todas estas definiciones requieren amplificacion, porque siendo sus autores los únicos á que por lo comun se dedica la juventud, con objeto á tomar los primeros rudimentos de la jurisprudencia práctica, qualquiera ofuscacion en este su primer escalon sería muy trascendental.

19 Constituye la primera (1) la esencia del juicio ordinario en que se instaure mediante accion ó acusacion verdadera, y con observancia de las solemnidades de derecho; la segunda fixa (2) la del extraordinario en que sea sin ellas, y no por accion ni acusacion verdadera, sino por el

(1) Curia ibid.
(2) Paz ibid. núm. 30.
(3) Febrero ibid.
(1) Núm. 15.
(2) Núm. 16.

oficio del Juez, ó lo que es (3) lo mismo, accion impropia; y prescindiendo la tercera (4), de que el medio de instaurarse el juicio sumario sea accion propia ó impropia, solo reduce su constitutivo á que se proceda sin observancia de las solemnidades legales, *sumarie, simpliciter, de plano, sine strepitu, nec figura judicii, attenta tantum veritate.*

20 Estos escritores nacionales, aunque alzados con el nombre de maestros de la jurisprudencia práctica, no se han detenido en explicarnos la virtud ó importancia de todas y de cada una de estas últimas cláusulas, *sumarie, simpliciter, de plano, sine strepitu, nec figura judicii, attenta tantum veritate*; y en verdad que su nocion, de que trataré mas adelante A (1), si no nos es absolutamente necesaria, nos conduce quando menos en gran manera para avanzar al conocimiento claro y distinto de los juicios y del órden judicial.

21 Pero no es este un reparo que se oponga á la legitimidad de las difiniciones B (1) del juicio sumario, porque explicándonos su esencia con bastante expresion, solamente las resta su amplifica-

(3) Olivan *de actionib.* part. 1. lib. 1. cap. 8. núm. 24. Vinio lib. 4. tit. 6. §. inicial instit. de action. n. 6. y en la rúbr. al mismo tit. 6. ibi, *in summa imploratio officii. nobilis Judicis.* Acevedo á la ley 5. núm. 59. tit. 1. lib. 8. Recop. y en estos Repasos á su n. 23. 26. y 177. y siguientes.
(4) Número 17.
A (1) Número 118. al 128.
B (1) Ya quedan sentadas al núm. 17.

cion, cuyo particular no corresponde á la difinicion, que en sentir uniforme de Juristas y Dialécticos no es otra cosa *que una oracion que explica la esencia de su difinido sucintamente.*

22 El que se nos presenta contra las otras (1) dos del ordinario y del extraordinario apura mucho mas, porque combate directamente contra su constitutivo, convenciéndolas de redundantes. Fixa la primera (2) la esencia del ordinario, en que se proceda por accion propia ó verdadera, y la segunda (3) coloca ó constituye la del extraordinario, en que sea ó se promueva por el oficio del Juez.

23 La restitucion *in integrum*, los interdictos, las causas de estado ó perjudiciales, las estipulaciones pretorias, y las demas persecuciones, todos eran unos remedios en que careciéndose antiguamente de accion propia, se instauraban (1) por la impropia, ó lo que es (2) lo mismo, por imploracion de aquel oficio. Esto no obstante, sa-

(1) Al núm. 15. y 16. quedan sentadas.
(2) Número 15.
(3) Ibid. 16.
(1) Vinio lib. 4. tit. 6. §. initial instit. *de action.* n. 6. y en la rúbr. al mismo tit. n. 6. ibi, *in summa imploratio officii nobilis judicis.* Acevedo á la Ley 5. n. 59. tit. 1 lib. 8. Recop. Gomez, lib. 2. variar. cap. 14. n. 8. Paz tom. 1. fol. 98. núm. 121. 122. Carlebal tit. 3. disput. 16. n. 27. Minsingerio n. 2. en la rúbr. instit. *de interdict.*
(2) Vinio ibid. Acevedo ibid. Gonzalez, lib. 1. tit. 32. cap. 2. n. 4. *de officio judicis* ait: *Officium judicis non est actio, licet loco actionis succedat.*

bemos que son no pocos los (3) casos donde, segun nuestro derecho, su substanciacion es ordinaria: luego segun él, evidentemente es incierto que sea la accion propia ó verdadera la que forma el constitutivo del juicio ordinario, como se nos enseña en su (4) difinicion, porque á serlo, no sería dable un solo caso que se promoviese por accion impropia.

24 Este error, con otros de que trataré (1) mas adelante, toma su orígen de nuestra intemperada (2) deferencia al órden judicial antiguo, cuyas noticias bebidas por los autores en las leyes civiles y sus expositores, las han ido trasladando á las glosas del nuestro, sin bastante distincion. La accion propia segun aquel derecho decia una relacion ó direccion (3) intrínseca esencial hácia el juicio ordinario, y la impropia ó el oficio del Juez, que todo es (4) uno, hácia el extraordinario. Nada de esto tenemos en el nuestro, donde á la accion, precisamente por la clase ó calidad de accion, sea propia ó sea impropia, le es (5) indiferente que su substanciacion sea ordinaria, extraordinaria, ó sumaria; ya los juicios sean ordinarios, extraor-

(3) Número 44. 45. 49. y otros.
(4) Núm. 15.
(1) Por toda esta obra, y particularmente desde el n. 252. en adelante.
(2) Asi lo indicó en este mismo n. 24. y lo calificó desde el 27. al 37. y en el 117. 339. y otros de estos Repasos.
(3) Asi lo manifestó al n. 30. y anteriores.
(4) Núm. 23. en su cita 2. y n. 19. cita 3.
(5) Asi se hace ver á los núm. 31. 34. 45. y siguientes.

dinarios, ó sumarios les es (6) igualmente indiferente, que el medio de instaurarlos sea accion propia ó impropia. En aquel derecho habia algunos asuntos, cuyo conocimiento se reservaba (7) el Pretor, sin reconocer ni conceder accion ni fórmula para su determinacion, naciendo de aqui, que faltando en ellos accion propia ó verdadera, se evacuasen por su oficio en un juicio extraordinario. Pero en el nuestro faltó todo este método, porque para aquellos mismos asuntos que reservaba el Pretor, nos franquean nuestras leyes verdaderas acciones, que asi como las impropias se expiden y substancian (8) en juicios ordinarios, extraordinarios, ó sumarios por precisa voluntad (9) de ellas, aunque con temperamento á la entidad ó calidad de su materia; y aun quando nos dispensen para ciertos casos el oficio del Juez, ó accion impropia, esto para nada influye en las diferencias de la substanciacion de los asuntos ó pleytos, como en oposicion á estas (10) difiniciones lo voy á demostrar en los dos capítulos siguientes.

(6) Número 31. 34. 45. y siguientes.
(7) Vinio al §. inicial n. 6. tit. 6. lib. 4. instit. *de actionib.*
(8) Núm. 34. 44. 45. y 335. y siguientes.
(9) Núm. 118. y 119. en su cita 1. y 2.
(10) A estas difiniciones de los juicios ordinarios, y extraordinarios de que se viene tratando.

CAPÍTULO III.

Accion propia ó verdadera no es de esencia del Juicio ordinario, ni la impropia ú oficio del Juez, que todo es uno, del extraordinario, como lo enseñan sus difiniciones.

25 La accion es (1) un derecho de pedir judicialmente, ó bien inventado, ó bien aprobado por las leyes: La *testamenti* faccion es un derecho de testar, el usufructo un derecho de usufructuar, pues á este modo la accion en general no es (2) otra cosa que un derecho de pedir en juicio.

26 Esta facultad ó este derecho puede ser de dos maneras, ó para pedir por via de rigor y justicia, ó por la de imploracion misericordiosa. De aqui nace su division en dos especies de acciones, una propia, y otra impropia: la propia se difine (1) por Justiniano, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*; esto es un derecho que tiene la parte (2), y está radicado en ella para pedir lo que sea suyo

(1) Vinio lib. 4. tit. 6. §. inicial, n. 1. instit. *de action.* y en la rúbr. al mismo tit. n. 4. Minsingerio al mismo §. n. 2. y 4.

(2) Minsingerio ibid. n. 4. Vinio al mismo §. n. 1. al 3. Olivan *de acti.* part. 1. lib. 1. cap. 8. n. 4.

(1) Justiniano §. inicial instit. *de action.*

(2) Castillo lib. 8. controv. capit. 5. n. 1. ibi. *Actio manet in persona ejus qui experitur, officium vero judicis sedens habet in persona judicis.* Xamar de judiciis, part. 1. quæst. 9. n. 4. ibi *super actione debet formari libellus concludendo partem teneri... Officium judicis debet misericorditer implorari.* Acevedo á la ley 5. n. 65. 66. y

por (3) dominio, quasi-dominio, ú otro qualquiera derecho *in rem*, ó lo que se la deba por (4) contrato, ó quasi-contrato, maleficio, ó quasi-maleficio, ó por voluntad precisa de la ley fundada (5) puramente en equidad, sin concurrencia de aquellas otras causas, dominio, contrato, ni demas, como por exemplo la accion de *tigno juncto*. La impropia, ú oficio de Juez no la tiene en rigor la parte (6), ó no se radica en ella como la propia, sino en el mismo Juez para hacer aquello que le corresponda por su oficio, sin que la parte tenga otro derecho que el de implorarle misericordiosamente. Por esto se difine (7) *jus competens ipsi judici, et*

69. Tit. 1. lib. 8. Recop. ibi. *Qui agit concludit adversarium teneri, officium judicis, omnium consensu, nullam veram, aut propriam, sed quandam quasi obligationem suponit... et misericorditer implorandum est.* Esta imploracion la vemos freqüentemente en nuestros autores; y tambien hallamos en las leyes *4. y 5. del tit. 16.* part. 3. la voz ó frase equivalente de rogar al Juzgador; no obstante esto, véase lo que expongo al n. 237. y siguientes sobre la diferencia de acciones propias é impropias.

(3) Vinio lib. 4. tit. 6. §. 1. n. 10. instit. *de action.*

(4) Vinio ibid. n. 11. vers. Ex *contractu.*

(5) Vinio ibid. n. 12. y lib. 3. tit. 14. §. 2. n. 3. instit. *de obligat.* Véase el n. 177. y siguientes de estos Repasos.

(6) Castillo, Xamar, Acevedo, y Gonzalez *locis citatis.*

(7) Acevedo á la Ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. n. 58. Xamar *loco citato.* Esta difinicion conviene al oficio de Juez en general, cuyas dos especies de noble y mercenario siento al n. 217. y 218. y tambien se describe al n. 186.

faciendi ea quæ sibi ut judici facienda incumbunt: La restitucion *in integrum*, los interdictos, y mas remedios que ya llevo indicados (8) eran antiguamente acciones ó derechos de esta especie impropia, porque faltando acciones en sus casos (9) por el derecho civil, se suplia este defecto por la imploracion de aquel oficio.

27 El órden judicial antiguo, de donde nacieron estas diferencias de acciones propias é impropias, nos las pondrá en claro El empleo del Pretor fué creado (1) por el pueblo Romano, para decidir las controversias ó pleytos, mitigar *ex bono, et equo* el rigor del derecho, y suplirle ó enmendarle en las partes en que le hallase defectuoso: De aqui provino elevarse á tanto su jurisdiccion, que sus edictos, sin embargo de carecer (2) de potestad legislativa, llegaron á formar (3) una gran parte del derecho, con la multitud de acciones, excepciones, y otros remedios que fueron introduciendo: y, ó bien fuese por el alto grado de esplendor á que subió su dignidad, ó bien por el vastísimo aumento de negocios, á medida del engrandecimiento de la dominacion Romana, declinó aquel empleo de su primitiva creacion, y

(8) Número 23. 336. y siguientes.
(9) Vinio lib. 4. tit. 6. in rubric. instit. *de action.* n. 6. y §. inicial n. 6.
(1) Vinio lib. 1. tit. 2. instit. *de jure natur. gent. et civili* §. 7. n. 1. y lib. 4. tit. 6. inst. *de action.* § inic. n. 5.
(2) Vinio *ibid.*
(3) Vinio lib. 1. tit. 2. §. 7. y lib. 4. tit. 6. §. 3. y siguientes, instit. *de action.*

eran (4) muy pocos los asuntos, ó pleytos que determinaban por sí mismos, sin conceder accion propia, como se ha (5) insinuado, contentándose en los demas con ciertas preparaciones rituales, y una sucinta relacion del hecho, para que dando la accion y fórmula con que se habian de exâminar, los substanciasen y determinasen los Jueces que creaban.

28 Á estos Jueces les daban (1) los nombres de Pedaneos, Delegados, Dados, y Recuperadores, con otros que no interesa referir. No obstante su creacion para estos fines, carecian de jurisdiccion ó imperio, porque aunque tenian facultad de conocer y sentenciar, les era (2) *limitada* á una mera nocion, oyendo á los interesados, no por un medio ó modo perfuntorio ó sumario, sino pleno y exâcto, admitiéndoles sus alegaciones y pruebas, con quanto correspondiese á su *intencion*, y sufriese la naturaleza del negocio, por cuya razon debian observar las solemnidades del libelo, citacion, contestacion, y demas; y evacuada asi esta primera parte de su encargo, les entraba la segunda, que era *la* de fallar ó sentenciar, con lo qual le cerraban (3), dexando de ser Jueces, y su-

(4) Vinio lib. 4. tit. 6. instit. *de action.* §. inicial n. 5. y 6. lib. 4. tit. 17. *de officio judicis* §. inicial n. 1. y 2.
(5) Número 24. cita 7. y en este n. 27. cita 4.
(1) Vinio §. inicial n. 5. instit. *de action.*
(2) Vinio ibid. Minsingerio lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judic.* in rubr. n. 7.
(3) Vinio ibid. tit. 17. instit. *de officio judicis* §. inicial n. 1. Minsingerio in rubr. al mismo tit. n. 8.

cediéndoles para la execucion el mismo Pretor ó Magistrado.

29 Á este su modo de proceder se le daba el nombre (1) de *juicio ordinario*, porque este era el modo ó método comun y regular de evacuarse los asuntos, con observancia de las formalidades del juicio. El preparatorio que se instauraba ante el Pretor para la creacion de Jueces, y dacion de fórmulas y acciones, no las observaba (2), ni aun se llamaba juicio, diciéndose únicamente que se procedia *in jure*, como que en él solo se trataba del derecho de las partes, cometiéndose luego en seguida á los Jueces Pedaneos el que lo hiciesen *de facto*. Y el que se entablaba á sí mismo ante el Pretor por imploracion de su oficio en aquellos asuntos, que como se ha sentado (3), se reservaba á su conocimiento para decidirlos en falta de accion por equidad, tampoco las observaba, procediéndose (4) en ellos *extra ordinem*, sin estrépito, ni fórmulas, en un juicio *extraordinario*.

30. Esta nuda expresion de aquellas ritualidades manifiesta por claro, que la accion propia ó verdadera decia por entonces una esencial é intrínseca tendencia hácia el juicio ordinario, que se instauraba ante los Jueces Dados, y la impropia, ú el oficio del Pretor hácia el extraordinario.

(1) Vinio lib. 4. tit. 15. instit. *de interd.* §. 8. n. 1. y tit. 6. instit. *de action.* §. inicial n. 6.

(2) Vinio lib. 4. tit. 6. instit. *de action.* §. inicial n. 45. 6. y §. 5. n. 5.

(3) Núm. 24. cita 7. y n. 27. cita 4.

(4) Vinio en el citado §. inicial n. 6.

Pero habiéndose abolido todo aquel órden judicial, imponiendo á los Magistrados (1) la obligacion de conocer y juzgar por sí mismos, sin dar fórmulas, ni crear otros Jueces, la accion verdadera y propiamente tal ya no dice tendencia hácia el juicio ordinario, ni las palabras *in judicio* de su difinicion significan otra cosa que (2) *apud Magistratum*; esto es, que aquello que se deba se pida ante el Juez, sin que nadie se lo pueda aplicar por propia autoridad.

31 Pero que esto haya de ser en juicio ordinario, extraordinario, ó sumario, de esto descuida la accion, y asi vemos, segun nuestro derecho, y aun por el Romano que *la de constituta pecunia* (1) por exemplo se propone, substancia, y determina en juicio ordinario; *la judicati* (2) accion igualmente verdadera que la otra en el ex-

(1) Vinio lib. 4. tit. 15. instit. *de interd.* §. 8. n. 1. y lib. 3. instit. tit. 19. §. 2. n. 3.

(2) Vinio lib. 4. tit. 6. §. inicial instit. *de action.* n. 3. y n. 6. al fin.

(1) Paz Práct. tom. 1. part. 1. temp. 4. n. 53. temp. 7. n. 17. y temp. 11. n. 21.

(2) Ley 19. tit. 22. part. 3. n. 18. Dudan los autores si la execucion de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, requiere libelo, citacion, conocimiento de causa, instancia y sentencia difinitiva, y quién sea su Juez executor, si el de apelacion, ó el apelado, con otras cosas indicadas por el autor de la Curia al n. 20. y 21. §. 1. de su parte 2., y tocados con mayor extension por el señor Salgado, y otros escritores, que hacen diferencia entre la execucion pedida por la accion *judicati*, y la promovida por el oficio del Juez. El se-

traordinario; las (3) de los navegantes, peregrinos, ó romeros en el sumario, y las que, aunque con error (4), se suponen impropias, como por exemplo las de restitucion, nulidad, alimentos, interdictos, ú otras tales en toda especie de juicios (5) ordinarios, extraordinarios, y sumarios: luego á la accion, por la calidad precisa de accion propia ó impropia, la es absolutamente indiferente la especie ó clase de substanciacion que se haya de dar á los asuntos, puesto que asi las propias como las impropias promiscua é indistintamente intervienen en todas, sean ordinarias, extraordinarias, ó sumarias, resultando de aqui con evidencia, que el motivo de estas diferencias no se toma de la

ñor Cañada, haciéndose cargo en el cap. 12. part. 2. de sus instituciones de esta distincion entre la accion, y el oficio del Juez, en razon del Juez executor, manifiesta á los núm. 37. 38. y 39. quien sea el legítimo; y añade, que omitiendo otras dudas de mera sutileza excitadas por aquellos autores, entiende por decontado que esta distincion de voces, accion y oficio del Juez no se acomoda bien á la sencillez con que debe buscarse la verdad; y yo tambien comprehendo què tales qüestiones de mera sutileza no pueden surtir otro efecto que ofuscar la juventud, mayormente contraidas á nuestro derecho, con el qual absolutamente son inconciliables en su mayor parte, siendo inconcuso, que segun él, la execucion siempre se empieza por prision y embargo, sin que preceda citacion, libelo ni otra diligencia.

(3) Núm. 41. 42.

(4) Núm. 335. al 340. y sus citas de estos Repasos y n. 44. y siguientes.

(5) Num. 44. 45. 47. 48. 240. y otros.

calidad de accion propia ó impropia, sino de otros principios muy diversos.

32 El conocimiento radical de quáles sean estos es una de las nociones mas importantes de nuestra jurisprudencia, porque ¿qué daños no toleran las partes, y aún la causa pública, quando un asunto que legalmente es sumario ó executivo, se convierte por ignorancia ó malicia en ordinario, ó por el contrario, si siendo ordinario se le cambia el giro haciéndole executivo ó sumario?

33 No son pues ni la accion ni el oficio del Juez, ó lo que es lo mismo, las acciones propias ó impropias las que ocasionan esta diversidad, como nos lo enseñan las difiniciones (1) de los juicios, sino los pleytos mismos por voluntad de las leyes, y por sus diferencias en entidad y calidad. Hasta en las leyes civiles, posteriores á la abolicion de las fórmulas, podriamos tocar con bastante *luz* para este pensamiento; pero sus disposiciones, sus complicadas glosas, y su profunda penetracion nos interesa poco, ó nos interesa mucho menos incomparablemente que la inteligencia de las nuestras: esto me excita á exâminarlas en el capítulo siguiente con preferencia á las civiles, para calificar esta verdad.

(1) Las difiniciones de los juicios de que he tratado al número 22. y por todo el capítulo 2.

CAPÍTULO IV.

La diversidad de los asuntos ó pleytos en su entidad ó calidad es quien ocasiona, por voluntad de las leyes, la diferencia en su substanciacion, ya ordinaria, ya extraordinaria, y ya sumaria, sin que en esto influya la propiedad ó impropiedad de accion.

34 Las solemnidades judiciales, en cuya precisa observancia, sin consideracion á que medie accion propia ó impropia, consiste (1) la esencia de los juicios ordinarios, envuelven ó contienen unas demoras ó términos bastante dilatados, como por exemplo, los de los ochenta dias de la prueba, con otros á este tenor. El cumplimiento de estas dilaciones retardaba considerablemente la determinacion de

(1) Elizondo tomo 3. folio 49. n. 3. Escacia *de judiciis*, cap. 53. n. 11. Ferraris, verbo *judicium*, n. 11.

los asuntos, separando á los litigantes de la aplica-
cion á sus oficios, y del cuidado de sus familias, en
que tanto interesa el estado. Para obviar estos gra-
vísimos daños se estableció (2) la via executiva, cu-
yos juicios indubitablemente son (3) extraordi-
narios, no obstante ser evidente que se promue-
ven á veces (4) por verdaderas acciones, como
por la accion *judicati*, ú otras tales; resultando
de aqui con plena evidencia, que esta calidad de ex-
traordinario no la toma este juicio de la impropie-
dad de accion, sino de la voluntad (5) de las leyes,
que con consideracion á la calidad de los asuntos le
establecieron tal por los fines enunciados.

35 La ley 3. tit. 22. de la part. 3 dice asi: *Ca-
tada, escodriñada, é sabida la verdad del fecho, debe
ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen
sentencia difinitiva.* Su glosador el señor Grego-
rio Lopez en su glosa n. 1. nos expone remisive al
cap. *Indicantem*, causa, 30. quæst. 9. *escodriñada*; es-
to es, averiguada con plena investigacion, de mane-
ra que quede cabalmente descubierta la accion de
ambas partes, sin que tengan mas que proponer.

36 Escodriñada, é sabida la verdad del pleyto,
asi como se dice en la ley 3. que acabo de refe-
rir, dice tambien la 7. del mismo título, que debe el

(2) Paz Práct. part. 4. *in proemio*, n. 1.
(3) Número 107. 158. y n. 31 en su cita 2.
(4) Paz Práct. par. 4. cap. 1. n. 3. y siguientes. Véase lo expuesto sobre esta accion al núm. 31. cita 9.
(5) En la cita 2. del núm. 119. se prueba que las causas son sumarias porque lo quiere la ley: y esto se califica en la cita 4. del núm. 107. y otros.

juzgador dar su juicio; pero ¿qué pleytos hay *en que
non ha que facer gran escodriñamiento, si non oirlos, é
librarlos llanamente*, asi como el de alimentos pro-
visionales durante la causa de filiacion, ú otros que
refiere, en que su providencia no es mas que interlo-
cutoria, reparable, y de corto perjuicio, no deci-
diéndose en ella la causa ó demanda principal; so-
bre la qual, no obstante aquella determinacion, sal-
vo finca á las partes su derecho?

37 Llanamente, é sin gran escodriñamiento
dicen estas leyes que pueden pronunciarse las sen-
tencias interlocutorias, á diferencia de las difiniti-
vas en que le acuerdan ser grande: y ¿qual será la
razon de diferencia? ya la dan las mismas leyes;
porque la difinitiva, dice la tercera, despues de da-
da no se puede toller, ni mudar, á diferencia de la
interlocutoria que, segun nos enseña la segun-
da del mismo título y partida, se puede toller ó
enmendar quando se quiera; de manera que esta ca-
lidad de irrevocable la difinitiva, y de revocable la
interlocutoria les es á estas leyes, para en sus ca-
sos, toda la razon de la diversidad en la substan-
ciacion; plenaria la primera, para precaverla del
daño irreparable que podria irrogar si se pro-
nunciase sumariamente sin cabal averiguacion de
la verdad ó derecho de las partes; y sumaria la se-
gunda, donde qualquier perjuicio queda reparable
por la difinitiva.

38 Y ve aqui como nuestras leyes para signi-
ficarnos la diversidad en la substanciacion de los
pleytos, unos en juicio ordinario, y otros en extraor-
dinario ó sumario, no acuden á exâminar si el me-

dio con que se promueven es ó no es accion propia ó impropia, sino á la calidad de la sentencia, sobre si es ó no reparable, y por conseqüencia de corto ó leve perjuicio.

39 El juicio ordinario tiene en su favor la presuncion de derecho, para que todo pleyto se gobierne por sus trámites. Esto se halla (1) establecido por regla general, y por conseqüencia todo pleyto se debe substanciar de esta manera, no siendo de los exceptuados. Ya hemos visto en las leyes citadas (2), que á las sentencias interlocutorias se las exceptúa de esta regla por sola la calidad de reparables, y á las (3) executivas por favor público; pero estas limitaciones no son solas ó únicas; la corta entidad del punto que se ventile, y la circunstancia de requerir celeridad por correr peligro en la tardanza, son otras de las verdaderas causas que los exîmen de aquella regla general, haciéndolos sumarios.

40 Asi nos lo enseñan otras muchas leyes Reales acudiendo siempre por recurso á estos principios, y no á los imaginarios de accion propia ó impropia, para establecer la brevedad en la substanciacion. Sumaria, dicen entre otras (1) la 41. tit. 2. y la 6. tit. 22. de la part. tercera, que debe ser la causa de diez maravedís abaxo, cuya cantidad al efecto se ha aumentado (2) últimamente. La razon de esta disposicion nos la señala la misma ley 41. Esto dice tuvieron por bien los antiguos, porque los pleytos pequeños se puedan librar mas aína, é sin gran costa: sobre esto añade su glosador el señor Gregorio Lopez al núm. 1. de la 6., que todo pleyto donde las costas hayan de importar mas que el principal, debe tenerse por pequeño, para que sea sumaria su substanciacion.

(1) Villadiego Polit. cap. 5. §. 35. y 36. núm. 32. Bobadilla Polit. tomo 2. lib. 3. cap. 14. núm. 29. Febrero tomo 1. lib. 1. cap. 2. §. 1. fol. 144. núm. 21.

(2) Número 34. 36. y 37.

(3) En el núm. 34. dexo apuntado el favor público que dió motivo á la via executiva; y en el núm. 171. en su cita 5. tambien significo que su sumariedad fué establecida con calidad de reparable como la de las sentencias interlocutorias.

41 La 32. del tit. 1. part. 6. con la 3. tit. 12. lib. 1. de la Recop. establecen sumarias las causas de peregrinos, para que se libren luego, é lo mejor é mas aína que se pueda, sin escátima é sin alongamiento. La misma ley 32. y la 4. del tit. 12. lib. 1. de la Recop. nos significan bastantemente la razon de esta determinacion. Dice la 4. que los peregrinos deben gozar mayores privilegios que otras personas; y consiguientes á esta idea dispone la 32. que se libren sus pleytos sin escátima, é sin alongamiento, de manera, que nin su romería, nin sus derechos non se les embarguen por alonganza de pleytos escatimosos.

42 Por equivalentes razones, y por un nuevo favor público dispone la 14. tit. 9. part. 5. que los pleytos de los navegantes se oigan y libren suma-

(1) Ley 19. y 24. tit. 9. lib. 3. Recop. y núm. 159. de estos Repasos.

(2) Número 159. en su cita 3.

ria y llanamente, sin libelo, é lo mejor, é mas aína que se pueda, é sin escátima ninguna, é sin alongamiento, de manera que non pierdan su viage, nin sus cosas por tardacion nin alongamiento. Y la 37. tit. 2. part. 3. hablando de los pleytos sobre cosecha de frutos, los acuerda sumarios, é sin escátima, é sin alongamiento, asi que los frutos non se pierdan anteque la contienda sea tollida entre los homes; de manera que la corta (1) entidad del asunto, y la de exîgir (2) celeridad, ó la (3) de obviar perjuicios son las únicas razones que se nos indican en estas leyes por motivo de la sumariedad de estos negocios.

43 Podria hacer expresion de otras muchas que por equivalentes razones, y sin atencion á aquel imaginario principio de accion propia ó impropia, acuerdan igualmente extraordinarios (1) ó sumarios otros muchos asuntos; pero lo suspenderé hasta otro (2) lugar, para calificar ahora las razones de sumariedad que vienen (3) apuntadas, volviendo la vista hácia los mismos exemplos de la restitucion *in integrum*, interdictos, y demas acciones impropias, con que signifiqué al principio (4) la

(1) Número 38. al 40.
(2) Número 41. y 42.
(3) Número 34.
(1) En el núm. 107. y demas del capítulo 6. se enuncian la identidad ó diferencias de estos dos juicios, extraordinario y sumario
(2) Número 118. y 119. y 144. y siguientes.
(3) Número 39. y 42. al fin.
(4) Número 23.

falencia, ó redundancia de las difiniciones de los juicios.

44 La restitucion *in integrum* por comun opinion, que impugno en otro (1) lugar, no es accion propia ó verdadera (2), sino un remedio extraordinario que se obtiene mediante imploracion del oficio del Juez. Propuesta *principaliter* para invalidar una sentencia, se ha de substanciar (3) en via ordinaria; pero si se propone *incidenter*, como por exemplo contra el lapso del término para que se abra nueva dilacion, solo necesita (4) de un juicio y conocimiento sumario.

45 Busquemos la razon de diferencia. En el primer caso se trata de reponer una sentencia difinitiva, que á costa (1) de largas fatigas, y despues de un dilatado exámen de la justicia, se proporcionó la parte. En el segundo se aspira *á la reparacion* de una interlocutoria, en que *no decidiéndose* en nada sobre la causa *principal, no se puede* irrogar grave perjuicio, *mayormente siendo* (2) comun á las partes la nueva dilacion. Ve aqui,

(1) Número 339.
(2) Gomez varias Resoluc. tom. 2. cap. 11. núm. 8. Paz Práct. tomo 1. part. 1. temp. 8. núm. 122. Curia part. 1. §. 76. núm. 25.
(3) Curia part. 1. §. 18 núm. 10. Escacia *de appellat.* quæst. 19. remissione 2. núm. 48. fol. 546.
(4) Gutierrez lib. 2. Canonic. quæst. cap. 2. núm. 39. Escacia *de appellatio.* ibid. Paz tomo 1. part. 1. temp. 8. núm. 122. vers. *et oblata.*
(1) Elizondo tomo 6. fol. 225. núm. 3.
(2) Curia part. 1. §. 16. núm. 14.

como el grave interés que media en el primer caso, y el corto del segundo, son toda la razon de la diferencia en su substanciacion; ordinaria ó plenaria la del primero, por ser grave; y sumaria la del segundo, por ser leve, sin embargo de que el oficio del Juez ó accion impropia sea el medio (3) con que se agiten ó se promuevan ambos.

46 En los interdictos, á quienes la abolicion de fórmulas los separa (1) de la calidad de impropiedad de accion, y de la razon de llamarse remedios extraordinarios, reduciéndolos á la clase de verdaderas acciones en que se trata de posesion ó quasi posesion, tenemos otro exemplo por lo que respeta á los motivos de la clase ó calidad de sus juicios, é inobservancia de sus solemnidades.

(3) Número 44. cita 2. A la manera que la restitucion *in integrum* propuesta *principaliter* se substancia en via ordinaria, como se sienta en estos dos números 44. 45. asi tambien la nulidad de una sentencia propuesta *principaliter* se substancia del mismo modo, sin embargo de que el oficio del Juez ó accion impropia sea el medio con que una y otra se promueven, segun lo sientan Carleval *de judic.* tit. 3. disp. 16. n. 20. al 29. y Vancio *de nullitatibus* cap. *quid sit nullitas.* n. 2. fol. 17. y cap. *quot et quibus modis nullitas*, n. 15. y 16. fol. 107. Sobre lo qual entiendo, que asi la nulidad como la restitucion ambas se instauran por verdadera accion, como lo indico en dicho n. 44. y lo amplifico en el 339. y 340. y sus citas.

(1) Vinio lib. 4. tit. 15. §. inicial, n. 1. y §. 8. instit. *de interdict.* n. 1. versic. *aut jubebat.* Minsingerio al mismo §. 8. n. 1. y 5. y en la rúbr. al mismo tit. 1. 2. y en estos Repasos, en la cita 2. del n. 109.

47 El *uti possidetis*, requiere (1) para su determinacion un pleno conocimiento de causa, porque en él se trata de la verdadera posesion, cuyas utilidades son (2) muy considerables, por la traslacion de la prueba al adversario en el juicio de propiedad, adquisicion de frutos, y otras; pero á nuestro interdicto de *interin* le basta (3) un juicio y conocimiento sumario, por aspirar únicamente al momentaneo derecho de quien ha de tentar ó poseer durante el pleyto, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad.

48 Ordinario es (1) el juicio de interdicto *quorum bonorum*, porque termina á una verdadera posesion y sus importantes efectos, al contrario que el remedio de la *ley* final C. *de edicto Divi Adriani tollendo*, cuyo juicio es (2) puramente sumario, porque en él solo se aspira á una posesion tan inconstante, que calma ó se pierde en apareciendo legítimo contradictor. Y ve tambien aqui en los citados interdictos, como la gravedad del objeto á que se dirigen unos, y el momentaneo interes á que terminan otros, es el único asidero á que se re-

(1) Covarrubias Práct. dist. 1. cap. 17. n. 4.

(2) Ley 18. tit. 2. part. 3. Minsingerio lib. 4. tit. 1. in rubr. n. 4. inst. *de interd.* y á los números 152. y siguientes de estos Repasos.

(3) Covarrubias *loco citato*, n. 2. y. 4. Vinio, y Salas al §. 4. lib. 4. tit. 15. instit. *de interd.* n. 5.

(1) Gomez á la Ley 45. de Toro n. 152. vers. quinta diferencia. Castillo lib. 3. cap. 24. n. 85.

(2) Gomez ibid. y n. 147. Curia part. 2. §. 27. n. 12. Castillo *loco proxime citato.*

curre quando se trata de buscar apoyo á la diversidad de su substanciacion.

49 Las causas de estado en que ventila si alguno es hijo ó no lo es, ó si libre, ó siervo, ó ingenuo, eran (1) y son las que se llaman prejudicios ó causas perjudiciales: y prescindiendo, de si por su gravedad estaban (2) ó no reservadas al conocimiento del Pretor, y si por esta razon eran ó no entonces extraordinarias sumarias, ello es lo cierto, que abrogando aquel (3) estilo antiguo en que los Pretores solo conocian de ciertos asuntos, creando Jueces para los demas, las causas de esta especie requieren desde entonces, no por otra razon que por la de su notoria gravedad, de una discusion ordinaria (4), á diferencia de las de los alimentos que se piden en ellas mientras se deciden, para las quales basta un conocimiento y juicio sumario, ya por pedirse (5) *incidenter*, y no poder causar sus decisiones grave perjuicio, y ya por requerir celeridad para que los demandantes no perezcan entre las dilaciones de una via ordinaria.

50 Las estipulaciones pretorias *damni infecti, et legatorum*, y aun las judiciales, y comunes como

(1) Paz Práct. tomo 3. cap. 3. n. 3. al 8. *de actionib. pro judic.* fol. 39.

(2) Vinio lib. 4. tit. 6. §. inic. n. 6. instit. *de action.*

(3) Número 30. de estos Repasos.

(4) Ley 7. tit. 22. part. 3. y la 7. tit. 19. part. 4.

(5) Las mismas leyes que acabo de citar, y por conseqüencia de lo expuesto al fin del n. 39. 42. 44. 45. y en el 165. de estos Repasos en sus citas desde la 9. á la 13.

la *de dolo cautio*, *judicio sisti*, y *rem ratam haberi*, con las demas caucionales, estimadas (1) asimismo por pretorias, todas se interponian por el Pretor *ex suo mero officio*, ó por su imploracion; cuya qualidad era suficiente para que, tenidas por acciones impropias, su substanciacion fuese A(2) extraordinaria sumaria.

51 Aun en el dia, como que toman su orígen de aquel oficio del Pretor, parece quererse (1) que mirándose como acciones impropias se instauren sumariamente por el oficio del Juez: por utilidad pública, por favor de causa pía, ó por otras tales razones no debe B(2) dudarse en que á veces se pueden interponer de *oficio*; pero *tampoco* cabe duda en que en otras ocasiones se pueden *instaurar* (3) por verdadera accion; ni tampoco la *hay* en que aun en este caso será (4) extraordinaria ó sumaria su substanciacion: luego esta calidad de irregular ó sumaria no la derivan de este *oficio* ó de esta acion impropia, puesto que la tienen en uno y otro caso, naciendo ó proviniendo (5) pre-

(1) Vinio lib. 3. tit. 19. inst. §. 52. *de divis. stip.* y la ley 1. Dig. *de stip. prætor.*

A(2) Vinio *loco citato.* y lib. 4. tit. 6. §. inicial, n. 6. instit. *de actione.*

(1) Vinio lib. 3. tit. 19. §. 2. *de divis. stip.* n. 3. Salas al mismo n. 3.

B(2) Xamar *de judic.* part. 1. quæst. 9. n. 62. y siguientes; y n. 37. y siguientes, y en estos Repasos n. 338.

(3) Número 338.

(4) Número 143. en su cita 1.

(5) Número 38. 42. 45. y siguientes, y n. 143.

cisa y únicamente de su natural calidad de caucionales, en que sin absorver ni decidir el asunto principal, solo se trata de asegurarle, teniéndose por esto sus sentencias por interlocutorias y de corto perjuicio y que requieren ademas celeridad, para evitar la huida del deudor, disipacion, ú ocultacion de bienes, ú otros tales perjuicios.

52 He recorrido por todo este capítulo las acciones impropias que nos señalan específicamente (1) los autores, por exemplo de todas las de su especie; y en ellas he manifestado, que sin atencion á su propiedad ó impropiedad requieren sus causas, unas (2) un juicio ordinario, otras (3) extraordinario, y otras (4) sumario; y que esta diferencia en la substanciacion proviene únicamente de la voluntad (5) de las leyes, que apoyadas en su supremo arbitrio, y estimuladas de la diversidad de los asuntos, establecen para unos la ordinaria, y para otros la extraordinaria ó sumaria; resultando de aqui evidentemente, que son redundantes y malas las difiniciones (6) de los juicios ordinario, y extraordinario, en quanto constituyen aun

(1) Vinio en la rúbri. al tit. 6. lib. 4. instit. *de action.* n. 6. y al §. 1. y 2. lib. 3. tit. 19. instit. *de divis. stip.* González in Decret. lib. 1. tit. 32. cap. 2. n. 4.; y lo dicho al n. 23. de estos Repasos.

(2) Número 37. 44. 47. y otros.

(3) Número 34. 44. y siguientes.

(4) Número 37. 40. 41. y siguientes.

(5) Asi queda demostrado en la cita 5. del n. 34.

(6) Que son redundantes y malas estas difiniciones es lo que en el n. 22. y al fin del 24. ofrecí tratar en estos dos capítulos.

en el dia ó segun nuestro derecho la esencia del primero de que se instauran por verdadera accion, y la del segundo por la impropia, ó por imploracion del oficio del Juez, que todo es uno.

53 Otra discusion que fuese equivalente á la que queda (1) hecha sobre la ninguna influencia de la propiedad ó impropiedad de la accion en la clase ó calidad de la substanciacion en los juicios civíles, parece que restaba sobre el *influxo* de la propiedad ó impropiedad de la acusacion en los criminales, porque la difinicion (2) del juicio ordinario, asi como pide verdadera accion para los ordinarios civíles, asi tambien requiere verdadera acusacion para los ordinarios criminales; pero es un punto mucho mas sencillo, de que trataré mas adelante. (3)

(1) Número desde el 22. al 52.

(2) Esta difinicion queda sentada *al n. 15.*

(3) Número 148. al *150. donde manifiesto* que la brevedad con que conviene castigar los delitos, para que sirvan de escarmiento, le es á la ley toda la razon de acordar su sumariedad quando se promueven de oficio por cuyo motivo son tambien sumarias ante los Alcaldes de Corte, y lo pueden ser en los demas Juzgados del Reyno las promovidas por acusacion.

son las qualidades que requiere, *n.* 88. *al* 96.

Orden judicial es de dos maneras, el uno unius causæ ad se ipsam, *y el otro* unius causæ ad alteram causam, *n.* 96.

El órden unius causæ ad alteram causam *no pertenece á la substancia del juicio*, *n.* 96.

Substancias del juicio, quáles sean, y quáles las del órden, solamente el estilo las puede señalar fixa y seguramente, *n.* 97. 98. *y* 99.

Perjuicios que resultan de la diversidad de opiniones en razon de estas substancias, y de la arbitraria equidad que se atribuye á la citada ley 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop. y mas concordantes*, *n.* 100. *y* 101.

Por la cláusula segun la verdad probada de esta ley 10. *no se hacen sumarios nuestros juicios*, *n.* 102.

Tampoco es litium seminaria, *como algunos autores la suponen*, *n.* 103.

CAPÍTULO V.

Juicios ordinarios calificados segun nuestro derecho de ordinarios, y sumarios.

54 Libelo, citacion, contestacion, excepciones, conclusion para prueba, dilaciones, pruebas, publicacion de probanzas, conclusion para sentencia, y sentencia, convienen los (1) escritores en que son las solemnidades ordinarias mas principales de los juicios: estas mismas solemnidades, en cuya precisa observancia consiste (2) la esencia de los ordinarios, las unas (3), como la citacion por exemplo, provienen de derecho natural; otras (4), como la conclusion, dimanan del positivo; otras (5), como publicacion, tocan ó pertenecen, segun opinan unos, á la substancia del órden judicial; y otras (6), como la contestacion, á la substancia de los juicios.

(1) Paz tomo 1. part. 1. tom. 2. al 12. Curia part. 1. §. 8. al 18. Febrero lib. 3. cap. 1. §. 2. y siguientes.

55 Procediendo nuestra ley 10. del tit. 17. lib. 4. de la Recop. baxo el conocimiento de todas estas diferencias, dispone (1) en su razon, que no se anulen las sentencias ó juicios por omision de las solemnidades que pertenecen al órden, ibi: »ó que desfallecen las otras solemnidades y substancias de la órden de los juicios... las sentencias »que en ellos dieren por las razones dichas, no »dexen de ser valederas»; pero que por el contrario si se invaliden ó desfallezcan, si fueren omitidas las que corresponden á la substancia de los juicios, con tanto que se pida su observancia expresa y señaladamente por qualquiera de las partes, ibi: »si las »cosas que fueren de substancia del juicio, y la »parte pidiere, declarándolas que la otra parte las »guarde, y no quisiere, seyéndole mandado... sea »habido el pleyto por ninguno»

(2) Elizondo tomo 3. fol. 49. n. 3. Escacia *de judiciis*, cap. 53. n. 11. Ferraris, verbo *judicium*, n. 11. Alvarez Posadilla Práctica criminal, parte 1. fol. 16.

(3) Número 65.

(4) Número 70.

(5) Número 78.

(6) Número 69.

(1) Dicha ley 10. á su glosador letra h. y j. y letr. k.

56 Esta ley, que transcribo (1) al márgen, por

(1) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. á la letra dice asi: Acaesce muchas veces que desque los pleytos son (*a*) contestados, y traidos testigos, y razonado en los pleytos, de todo lo que las partes quieren decir, y razonar, y concluso el pleyto para dar sentencia, y á las veces dada, estando el pleyto en apelacion, ante los superiores, si se halla que la demanda no fué dada en (*b*) escrito, hallándola asentada en el proceso, ó que no está bien formada como los derechos mandan, ó desfallece el pedimento ó alguna de las otras cosas que en ella debian de ser puestas, ó otras que son de la solemnidad, y substancia de la órden de los juicios, por lo qual suelen los Jueces dar los pleytos por ningunos, y las sentencias que por ellos son dadas, y asi los pleytos se alargan, de que viene grande daño á las partes; por ende establecemos, asi en los pleytos civíles como (*c*) criminales, asi en primera instancia como en segunda ó (*d*) tercera, que si la demanda ó acusacion paresciere asentada en el proceso, aunque no sea dada por la parte en escrito, ó faltare en la demanda (*e*) el pedimento ó alguna de las cosas que en la demanda deben de ser puestas, segun la subtileza del derecho, ó que no se haya hecho juramento de calumnia estando pedido por la parte una vez (*f*) solamente, ó que la sentencia, no fué leida (*g*) por el Alcalde, ó que desfallecen (*h*) las otras solemnidades y substancias de la órden, los juicios que los derechos mandan, ó alguna de ellas, conteniéndose todavía en la (*i*) demanda la cosa que el demandador entendió demandar, ó el acusador pedir, seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso en qualquier de las instancias que se viere sobre que se pueda dar cierta sentencia, que los Jueces que conocieren de los pleytos, y los obieren de librar, los determinen,

ser la mas trascendental de quantas se registran en nuestros cuerpos legales, como reformadora universal de todo el órden judicial, y que sin embargo de no haberse propuesto mas objeto en su promulgacion (2) que el abreviar y cortar pleytos, *potius* se considera por algunos prácticos (3), *litium seminaria quam abreviatrix*, nos presenta sí una notable diferencia entre las (4) solemnidades pertene-

y juzguen segun la (*j*) verdad, que hallaren probada en los tales pleytos, y las sentencias que en ellos dieren por las razones dichas no dexen de ser valederas; pero si el demandado, seyendo llamado antes que vaya el pleyto delante, pidiere que el demandador dé su demanda por (*k*) escrito, que queden albedrio del Juez, para lo mandar si viere que conviene que se faga ansi, y ansimismo, que si las que fueren de substancia del juicio, y la parte pidiere, declarándolas que la otra parte las guarde, y no quisiere seyéndole mandado, y lo mismo en no jurar de calúmnia, seyéndole pedido y mandado dos (*l*) veces, que entonces sentenciando el Juez, sin se facer lo suso dicho, sea habido el pleyto por ninguno, y el Juez condenado en (*m*) costas.

(2) Dicha ley á su glosa, letra b. ibi, y asi los pleytos se alargan, de que viene grande daño á las partes, por ende establecemos::::

(3) Acevedo n. 1. de su glos. á la misma ley 10. Gutierrez tomo 1. libelo 1. práct. quæstion. 98. n. 1. Bobadilla lib. 2. cap. 21. n. 134. y en la cita 2. al n. 100. de estos Repasos.

(4) Febrero en el lib. 3. cap. 1. §. 2. n. 102. y su reformador D. Josef Marcos Gutierrez en su nota al n. 76. de su parte 2. lib. 3. cap. 1. §. 3. tratan de esta ley 10. y por ella dicen que se remiten las solemnidades judiciales; pero su interesante trascendencia

cientes á la substancia del órden judicial, y las que tocan ó corresponden á la substancia de los juicios; pero no nos señala con decidida claridad, quáles corresponden á lo uno, y quáles á lo otro; naciendo de aqui tal variedad de opiniones, que apenas se pueden concordar en la calidad, no digo de todas, pero ni aun de muy pocas estas solemnidades.

57 Si para guardarlas se recurre, como parecia regular, á los cuerpos del derecho en sus títulos (1) *de ordine judiciorum* y demas coincidentes, donde al parecer se nos podria comunicar alguna luz, no hallando que refiere damos todavía con la suficiente, hallando que refieren promiscua é indistintamente todas las solemnidades judiciales, prefiniéndolas sus tiempos, con el método de su colocacion, pero sin señalarnos, con una precision incontestable, quáles sean las que pertenecen á la substancia del órden judicial, y quáles á la substancia de los juicios; y si entendemos por órden con Maranta (2) conforme á la etimología de la voz, aquella colocacion metódica como por exemplo que proceda libelo, se siga la citacion, luego la contestacion, la causa criminal á la civíl, la de posesion á la de propiedad, y asi de las demas, tampoco las apuntan ni disuelven, encontrando en este camino, que aun este mismo órden pertenece (3) á veces á la substancia del juicio, invalidándole por su alteracion.

58 Pero en medio de toda esta incertidumbre soy de dictámen, que las leyes por su parte nos significan quanto es de apetecer para disolverlas. Es propiedad de la substancia (1) el que á su falta perezca la cosa, como se ve en la compra y venta, que constituyéndose substancial é intrínsecamente por el convenio acerca del precio y de la cosa, en faltando este convenio, pereció el contrato. Pues á este modo, pertenecerán á la substancia del juicio todas aquellas solemnidades cuya omision ocasione ó cause su nulidad, como la citacion (2) por exemplo; pero si dexándosele subsistente, solo prestáre un justo derecho de apelar, como la publicacion en opinion (3) de algunos, entonces serán solemnidades que no pertenecen mas que al órden.

59 No pertenecen en este último caso á la substancia del juicio, pues que subsiste aunque falten, pero sí tocan á la substancia del órden, el qual por su omision perece de necesidad, consistiendo (1) precisamente en su observancia, y na-

ácia cada paso del órden judicial necesita de mas detenida reflexion para su inteligencia, y para huir de los graves males á que nos conduce la intrincada opinion de los autores sobre este punto, como lo indica el n. 97. de estos Repasos.

(1) Tit. 4. lib. 3. del Ordenam. Real; y en los parages de la Recop. á que se remite. Perez en el ingreso á este título 4.

(2) Maranta *de ord. judicior* part. 2. n. 26. y 28.

(3) Número 96. de estos Repasos.

(1) Maranta *loco citato* n. 27. y 30. Vinio lib. 3. tit. 24. instit. *de emptione et vend.* §. 1. n. 1. Vancio *de nullitat. ex defectu proces.* fol. 487. n. 9.

(2) Número 65.

(3) Número 79. al 83.

(1) Vancio *de nullitatibus ex defectu processus.* n. 11. 15 39. y 48. Escacia *de apellat.* quæst. 17. limita. 6. membr. 7. n. 117. fol. 395.

ciendo de aqui un justo derecho de apelar por su alteracion, porque con ella se hace quando menos un cierto desayre, no solo á las partes, sí tambien á las leyes que le establecen, ya que no *pro forma*, esto es acordando la nulidad por su omision, al menos, *ad melius* (2) *esse*, para mejor averiguar la verdad.

60 Sin embargo de esta designacion genérica de las substancias del órden y del juicio, nos resta saber ahora mas distintamente quáles sean las unas, y quáles las otras; sobre lo qual tenemos (1) por decontado, que pertenecen á la del juicio todas aquellas que provienen de derecho natural ó divino, como la citacion; y que, de las que dimanan del civíl ó positivo tambien son tales (2) las que acuerda *pro forma*, baxo la pena de nulidad si se omitieren, como la conclusion; de manera, que por estos principios sólidos y metódicos podrémos deducir cierta y seguramente, que substancias de los juicios son y se llaman aquellas solemnidades que dimanan del derecho natural ó divino, y tambien aquellas que proviniendo del civíl ó po-

(2) Vancio, y Escacia ibid.

(1) Curia part. 1. §. 12. n. 2. Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. n. 134.

(2) Vancio *de nullitatibus ex defectu processus*, n. 48. vers. *quænam*, *ibi ordo non attenditur nisi ubi à lege præfixus est ut vitiet*. Acevedo concuerda con esto en el n. 3. de su glos. 3. á la ley 10. tit. 6. lib. 4. Recop. donde dice, que para que una solemnidad sea de substancia del juicio no es bastante que se establezca por la ley; si no se acuerda de manera que se anule por su omision.

sitivo las establece *pro forma*, ó baxo la pena de nulidad por su inobservancia. Y que las del órden judicial son (3) aquellas otras que establecidas por el derecho positivo, las acuerda no *pro forma* del juicio, si solo *ad bene esse*, ó para mayor y mas segura averiguacion de la verdad ó justicia.

61 Estas descripciones, por mas legales y conformes que caminen con los principios elementales, no alcanzan á disipar ni aun á concordar las enunciadas (1) opiniones; porque no estando (2) acordes sus autores en quáles sean las solemnidades que dimanan del derecho natural ó divino, y mucho menos en quáles sean las que acordadas indubitablemente por el positivo, las establece *pro forma*, cada partido sostiene su opinion segun esta diversidad de sentimientos.

62 Aun la cláusula mas equitativa de nuestra ley (1), *segun la verdad probada*, ofrece cierto auxîlio á esta diversidad de pareceres, al mismo tiempo que se busca por único ó principal pretexto á las arbitrariedades, que prestan vehemente impulso á la (2) opinion de que nuestra ley *potius est litium seminaria quam abreviatrix*.

63 Aquella cláusula *atendida la verdad pro-*

(3) Vancio *de nullitat. ex defectu processus*. n. 39. ibi: *non sunt de substantia judicii, sed ad bene esse.*

(1) Núm. 56. 97. y otros.

(2) Núm. 79. 87. 97. y otros desde el 64. en adelante de estos Repasos.

(1) De nuestra ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. referida al n. 56.

(2) Número 56. y 100. en su cita 2. y otros.

bada, segun su natural y propio sentido, importa substancialmente lo mismo que (1) una absoluta remision de todas las solemnidades de derecho positivo, en cuyo tan ámplo significado no la podemos entender ó aplicar á nuestros juicios contra la mente expresa de la misma ley, que acuerda por las otras la mas puntual observancia de estas mismas solemnidades, baxo la pena de nulidad de la sentencia, con tanto que sean como se ha sentado (2), de las establecidas *pro forma*, y que sean pedidas por algunas de las partes; sobre todo lo qual he de volver á hablar (3) al tratar en particular de cada una de las solemnidades judiciales; á cuya especulacion debemos entrar baxo el supuesto de que la legitimacion de las personas es solemnidad (4) tan absolutamente necesaria para todo juicio, que jamas se entiende dispensada por las leyes.

64 Libelo: el libelo solemne ó *in scriptis*, de cuyas formalidades tratan largamente los (1) es-

(1) Escacia *de judiciis* cap. 53. n. 38. y 20. Maranta *de ord. judic.* part. 4. dist. 9. n. 32. 11. y siguientes. Bobadilla lib. 2. cap. 21. n. 134.

(2) Número 55.

(3) Núm. 64. al 102.

(4) Avendaño respuesta 1. n. 21. §. octavo. conc. Febrero lib. 3. cap. 1. §. 14. n. 496. Curia part. 1. §. 8. n. 24. y §. 18. n. 23. y lib. 2. capit. 15. n. 38. Acevedo á la ley 10. tit. 17 lib. 4. n. 4. Recop. Cañada part. 1. cap. 3. n. 7. y 8. Maranta part. 4. dist. 9. n. 38. Vancio *de nullit.* cap. *quis possit dicere de nullitat.* n. 41. y siguientes fol. 75.

(1) Paz Práct. tomo 1. part. 1. temp. 4. Curia part. 1. §. 11.

critores prácticos, comunmente se ha tenido (2) por de substancia del juicio. Sus solemnidades se miraron antiguamente con tal escrupulosidad, que si por exemplo se concluía con apremie, en lugar de decir condene, y por conseqüencia apremie, ya se le tenia (3) por inepto y nulo. Nuestras leyes (4) de las Partidas simplificaron sí sus solemnidades, pero al parecer siempre le miraron como substancial al juicio. Hoy por la recopilada (5), de que tratamos, ya no es necesario, bastando qualquiera simple peticion, *in actis redacta per notarium*, segun lo significa la misma ley, y lo amplifican sus (6) glosadores. Sin embargo de esto, este método no se ha adoptado en la práctica, donde constantemente se está (7) viendo, que la demanda, fuera de algunos casos exceptuados, siempre se propone *in scriptis* con firma de Letrado; mas por esto no se deberá tener esta solemnidad por de substancia del juicio, á no ser que el Juez lo mande á instancia del demandado, en cuyo pre-

(2) Paz ibid. n. 1. Avendaño respuesta 1. n. 2. y 15.

(3) Maranta *de ordin. judic.* part. 4. dist. 9. n. 16.

(4) Ley 41. y 40. tit. 2. part. 3. Avendaño tratado Respuestas, respuesta 1. n. 2. 14. 15.

(5) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(6) Acevedo n. 69. de su glos. á la misma ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. y al n. 8. y siguientes de la rúbrica al tit. 2. del mismo libro 4.

(7) Febrero lib. 3. cap. 1. §. 2. n. 30. Acevedo ley 5. tit. 7. lib. 9. Recop. n. 3., y en la rúbrica al tit. 2. lib. 4. n. 8. y 9. Curia lib. 2. cap. 15. n. 36. Sobre esta solemnidad del libelo y demas judiciales, véase lo que expongo á los números 97. y siguientes.

ciso caso lo sería (8), y su omision induciria nulidad.

65 Citacion: esta solemnidad no solamente pertenece (1) á la substancia del juicio, sino que tambien, aun quando su observancia no se pida por las partes, con todo será nulo si se omitiere; por que proviniendo de derecho natural (2) y divino, ordenando á una justa defensa, ni se puede remitir por el Príncipe, ni puede obrar contra ella la calidad que impone nuestra (3) ley, de que las cosas que sean de substancia se pidan por las partes.

66 Se requiere que sea específica (1) para todo acto, como por exemplo para contextar ó para presentar testigos; en cuyos casos, si el acto ó solemnidad perteneciere á la substancia del juicio, como la (2) contestacion, ó las pruebas, entonces la falta de citacion causará nulidad en el proceso; porque faltando ó inutilizándose aquel acto por falta de la citacion, siendo (3) sin ella lo mismo

(8) Dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. Acevedo á la misma n. 69. y 133.

(1) Paz Práct. tom. 1. temp. 3. n. 3. al 10.

(2) Acevedo n. 133. á la misma ley 10. tit. 17. lib. 4. Paz *loco citato* n. 10. Covarrubias Práct. quat. cap. 23. n. 6.

(3) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. Acevedo, y Paz *locis citatis*.

(1) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 46. al 48. Maranta *de ord. judic.* part. 6. miembro 1. fol. 379. n. 118. Curia part. 1. §. 12. n. 12. y siguientes.

(2) Número 69. y 75.

(3) Vancio *de nullitat.* cap. *quis et intra quod tempus* fol. 154. n. 26. y otros.

que si no le hubiera habido, perece por conseqüencia el juicio; pero si fuere tal el acto, que no pertenezca á la substancia sino al órden, como la publicacion segun la opinion que ya queda (4) insinuada, entonces la omision de su citacion causará nulidad en el mismo acto para sus peculiares efectos, como en el exemplo propuesto de la publicacion, para que se cierre por ella (5) la puerta á la presentacion de mas testigos, pero el proceso quedará valido, y tambien lo será la sentencia que recayere.

67 No obstante esta regla general, á veces ni se necesita ni es de substancia la citacion específica, bastando (1) la genérica para *toda la causa*, quando por la residencia del interesado á muy larga distancia del juzgado, ó por otras razones se hacen impracticables las específicas en todos los actos ó diligencias, sin considerables retardaciones de los negocios, ú otros graves dispendios ó peligros. Y aun á veces, ni aun la genérica es precisa (2) quando corre peligro en la tardanza, quando el reo está presente, quando consta por notoriedad (3) que no le compete defensa alguna, y

(4) Número 58.

(5) Paz Práct. tomo 1. part. 1. temp. 8. n. 134.

(1) Maranta *de ord. judic.* part. 6. miembro fol. 379. n. 118. Vancio *de nullitat. ex defectu citationis* n. 107. Curia part. 1. §. 12. n. 12.

(2) Maranta ibid. n. 15. y siguientes. Curia ibid. n. 22. Febrero lib. 3. cap. 1. §. 3. n. 145.

(3) Véase la cita 8. del n. 164. sobre los pocos casos notorios.

en otros muchos casos que con las demas calidades y circunstancias precisas á la citacion refieren los autores.

68 Excepciones dilatorias: luego ó en seguida á la citacion ó notificacion de la demanda tratan nuestras (1) leyes de las excepciones dilatorias; mas no por esto se deberán mirar, hablando en general por de substancia del juicio, siendo muchos los pleytos donde no las hay, y otros muchos donde habiéndolas, lejos de cooperar á su subsistencia, solo se dirigen (2) á impedir su ingreso, anulándolos proseguidos que sean; mas con todo, si en este mismo caso se propusieren por las partes, como por exemplo la declinatoria, la recusacion, las que terminan á la legitimidad de las personas, y asi de las demas semejantes, entonces sí que un conocimiento sumario en su razon, con su determinacion ó tácita ó expresa, de que he de volver á tratar en otro (3) lugar, podrá pertenecer (4) á su substancia, y su omision causar su nulidad.

69 Contestacion: la contestacion propia y verdadera tampoco pertenece á la substancia (1) porque disponiéndose por nuestras leyes, que sea habido por confeso el reo, no contestando á la de-

(1) Ley 1. y siguientes tit. 3. parte 3. Curia 1. part. §. 13. Perez en su ingreso al tit. 4. lib. 3. Ord.
(2) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 176. y 190. Paz tomo 1. part. temp. 5. n. 36. 37. Curia part. 1. §. 13. núm. 6. y 10.
(3) Número 161. 162. y 163.
(4) Paz temp. 5. n. 36. Febrero lib. 3. cap. 1. n. 190.
(1) Paz tom. 1. part. 1. temp. 6. n. 6.

manda en el tiempo que le prefinen, y que el actor, habiéndola por contestada, pueda proseguir la via de prueba, ó la de asentamiento, es visto por esto no pertenecer á ella, pues que sin ella, ó sin mas que esta fingida ó supuesta subsiste y vale el juicio: pero si el demandante, no queriendo valerse de estos remedios, pidiere ó insistiere en que real y verdaderamente la conteste, entonces la contestacion propia y verdadera pertenece á su substancia; y por prision, embargo de bienes, multas, ú otros tales apremios se le compelerá (2) á que la cumpla, no bastando ya en este caso la ficta ó supuesta, para que de su contumacia no saque el reo las ventajas que apunta el glosador (3) *D. Alfonso Acevedo*, contrayendo á este propósito las demas leyes de la materia.

70 Conclusion. La ley 4. tit. 16. lib. 2. de la Recopilacion dispone á su glos. letra e, que á cada una de las partes »non sean recibidos mas de dos »escritos hasta la conclusion, y que si mas fueren »presentados, que non sean recibidos, y si de hecho »se recibieren, sean ningunos, y si alguna pro»banza se hiciere sobre ello, que no haga fe ni »prueba.» La 2. tit. 5. lib. 4. calificando lo mismo (1) sobre los dos escritos, establece á su glos. letra d »que no sean recibidas otras peticiones, y

(2) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 2. y 3. á y la ley 1. tit. 4. del mismo lib. n. 17. al 21.
(3) Acevedo á esta misma ley 1. tit. 4. n. 19. lib. 4.
(1) Febrero lib. 3. cap. 1. §. 7. n. 235. y 274. en que dice, que en los artículos incidentes bastan dos escritos, uno de cada parte, y que aun sobre lo principal del

„con esto sea habido el pleyto por concluso sin „otro acto de conclusion.„ Y la 9. tit. 6. del mismo lib. 4. tambien dispone, que con cada dos escritos que las partes presenten sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, para interlocutoria ó recibir á prueba, ó para difinitiva; de manera que en vista de estas leyes, parece indubitable que la conclusion propia y verdadera hecha por las partes, ni se requiere ni es de substancia del juicio, ni para la sentencia interlocutoria ó de prueba, ni para la difinitiva, bastando al efecto la ficta ó entendida por la ley en la presentacion de dos escritos; pero en órden á esta última sentencia, como que es objeto de mucha mayor entidad que el de la interlocutoria, es D. Alfonso Acevedo (2) de opinion que se requiere la verdadera, si la pidiere qualquiera de las partes; y sin embargo tambien de lo dispositivo de estas leyes, en razon de que con los dos escritos se tenga por concluso el pleyto, se debe no obstante comunicar traslado del último, por los motivos que nos apunta el señor Cañada en la part. 1. capit. 7. n. 10. y 19. de sus instituciones civiles.

71 Dilaciones. Plazos ó dilaciones, dice (1) la

pleyto tampoco son de substancia mas que estos dos, pudiendo concluirse en vista de la demanda, y su contestacion.

(2) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 36. y 37. y en su glos. á la 9. tit. 6. lib. 4. tambien apunta quando los dos escritos sean suficientes para que se tenga por concluso el pleyto para difinitiva.

(1) Ley 1. tit. 15. part. 3. Curia p. 1. §. 16. n. 1.

ley de las Partidas, que son aquellos espacios de tiempo que dan los Jueces á las partes para responder ó probar lo que dicen en juicios. Estas dilaciones á nada mas conspiran que al descubrimiento de la verdad, conciliando en el modo posible la natural defensa con la brevedad de los pleytos, en que tanto interesan el público y los particulares. Por resultas de estas importantes miras dispone la ley 41. del tit. 2. part. 3. á su número 6 „que des„pues que el Juez hubiere oido la demanda del „demandador débela mostrar al demandado, é po„ner plazo á que se pueda aconsejar é responder á „ella.„

72 Si omitido por el Juez este *señalamiento*, se la mostrase al demandado y contestase, no debe dudarse que la contestacion será válida, sin que ni el plazo ni su señalamiento se pueda mirar en este caso por importante ni de substancia del juicio, como del de prueba lo refiere (1), con otros prácticos, el autor de la Curia; pero si para verificarla se pidiere algun término ó tiempo, ¿cómo su concesion no ha de ser entonces de substancia, no obstante la extravagancia de algunas opiniones (2) en contrario, quando con la negativa es evidente que se barrenan los mas loables fines de las leyes positivas y del derecho natural, haciendo impracticable la defensa?

73 La absoluta necesidad de ellas á estos im-

H

(1) Curia parte 1. §. 16. núm. 18.

(2) Vancio *de nullitat* capit. *de nullitat. ex defectu processus*, núm. 39. al 44. fol. 501.

portantísimos é inalterables fines, sobre evidenciar-
se con las leyes (1) que en términos los mas in-
contestables en mi concepto las establecen *pro
forma*, se nos presenta ademas tan de bulto en to-
da ocurrencia práctica, que tengo formado juicio,
de que ni aun por otra delicadeza que la de una
extravagante veleydad se puede contradecir su ne-
cesidad. El autor de la Curia Filípica hablando de
las de prueba, asi parece que lo reconoce en el lu-
gar (2) citado; pero su fundamento, distinto ente-
ramente de los que acabo de indicar, requiere cier-
to exámen que nos aleje de equivocaciones en otros
casos. Dice "que no obstante que la causa no se
»reciba á prueba, ni para ello se haya asignado
»término señalado, bien vale el proceso y pro-
»banza que se hiciere sin él, como lo dice Grego-
»rio Lopez, sino es que se pidió, como consta de
»una ley de la Recopilacion."

74 En esta ley, que es la 10. del tit. 17. lib. 4. de que venimos tratando por todo este capítulo, ni se nos establecen ni se nos señalan individual y distintamente las cosas ó solemnidades de la substancia de los juicios, cuya nulidad, por la omision de las que lo sean, es lo único que sobre este punto se acuerda ó se establece en ella ibi (1): *Si las cosas que fueren de substancia*; evidenciandose de aqui,

(1) Ley 1. y 2. tit. 16. ley 15. tit. 2. ley 23. núm. 6. tit. 4. part. 3. y ley 1. lib. 3. tit. 4. del Orden. Curia part. 1. §. 17. núm. 24. y lib. 2. cap. 15. núm. 42. Gomez núm. 24. á la ley 3. de Toro.

(2) Curia part. 1. §. 16. núm. 18. citado en el núm. 72. de estos Repasos.

(1) Dicha ley 10. á su glos. letra k.

que el que lo sean ó no las dilaciones para prueba, y asi de las demas se cimenta ó se funda muy mal en esta ley, siendo manifiesto que si por las anteriores no se hubiesen reputado por pertenecientes á la substancia sino al órden, aun despues de ella no serian tales, ni su omision causaria nulidad, aun quando su observancia la pidiesen las partes: luego si la causan como lo reconoce el mismo autor ibi (2): *sino es que se pidió*, es evidente que por ellas pertenecen á la substancia, segun asi lo sienten otros (3) prácticos.

75 Pruebas. Algunos escritores A(1) no miran las pruebas por de substancia del juicio, entendiendo que solo se requieren (2) *ad bene esse*, y por lo tanto que únicamente pertenecen al órden de justicia; que aun quando se ofreciesen, y su admision se denegase, no sería (3) nula, sino injusta la sentencia que recayese; y que si de ella no se apelase, por este solo hecho se entenderia consentida, y quedaria firme (4).

H 2

(2) El mismo autor de la Curia en el Lugar referido en el núm. anterior.

(3) Paz con otros part. 1. temp. 8. núm. 2.

A(1) Escacia *de judiciis* lib. 1. cap. 53. núm. 23. vers. *sed quid.* Vancio *de nullitat. ex defectu processus*, n. 37. al 40. Cañada part. 1. de sus instit. cap. 8. núm. 3.

(2) Vancio ibid. núm. 39. Cañada part. 1. de sus instit. cap. 8. núm. 3.

(3) Vancio ibid. núm. 39. versic. *nihilhominus*.

(4) Cañada part. 1. de sus instit. cap. 8. núm. 3. Vancio *loco citato*, núm. 38: véase en oposicion á este concio *loco citato*, núm. 38: véase en oposicion á este consentimiento la doctrina que apunto de Acevedo en la

76 Estos mismos B(1) escritores reconocen uniformemente, que el exámen y conocimiento de causa toca y pertenece indubitablemente á la substancia del juicio, con lo qual parece muy mal conciliable, que las pruebas que le constituyen (2) en gran parte esencial é intrínsecamente no pertenezcan tambien á su substancia. A esta incontrastable reflexion entienden (3) satisfacerse con la ridícula sutileza, de que con la citacion y presencia de las partes se da cumplimiento á la audiencia y conocimiento que se requiere; mas quién no advierte á esta salida por una manifiesta y patente ilusion, que haria capciosa hasta la misma citacion, inutilizándola en sus fines de natural defensa, siendo lo mismo para las partes el no citarlas que el citarlas, y no admitirles las justificaciones y pruebas de sus descargos.

77 Los textos que señalan (1) ó declaran por nulo todo juicio que no sea precedido de demanda, contestacion y pruebas, no nos dexan lugar á que

cita 5. del núm. 307. para que por la renuncia de la apelacion no se entienda renunciar la nulidad.

B(1) Vancio ibid. núm. 3. Escacia *de judic.* lib. 1. cap. 57. núm. 12. Cañada part. 1. cap. 12. núm. 6. y por todo el contesto de su obra. Curia part. 1. §. 18. n. 22.

(2) Vinio lib. 4. tit. 17. instituc. *de officio judicis*, §. inicial núm. 20. Vancio *loco citato*.

(3) Vancio ibid. núm. 42.

(1) Ley 15. tit. 22. y ley 23. núm. 6. tit. 4. part. 3. Curia part. 1. §. 17. núm. 24. y lib. 2. cap. 15. n. 40. y 42. Bobadilla lib. 2. cap. 21. n. 35. Gomez á la Ley 3. de Toro n. 23. ibi: *in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum.*

dudemos de su pertenencia á la substancia, á la vista mayormente de nuestra (2) ley recopilada, que al paso mismo que nos hace la mas absoluta remision de todas las solemnidades del órden judicial, y aun en cierta manera, segun (3) queda manifiesto, de las que pertenecen á la substancia de los juicios, procede, no obstante esto, con tal miramiento sobre las pruebas, que sin ellas, quando el pleyto sea de hecho, no da ningun partido á que se entienda ni haya juicio, ibi (4) »los determinen y juzguen segun la verdad que hallaren »probada en los tales pleytos.... y las sentencias que »en ellos dieren, por las razones dichas no dexen »de ser valederas.»

78 Publicacion de probanzas. En razon de esta solemnidad dispone la ley 1. tit. 4. lib. 3. del Ordenamiento en su versículo *y presentados* »que »presentados los testigos dentro de los términos de »la probanza.... publicados sus dichos, y dada co»pia de ellos á las partes, sea asignado término pe»rentorio de ocho dias á ambas las partes para con»tradecir y tachar los testigos que quisieren, así en dichos como en personas. La 1. del tit. 8. lib. 4. de la Recop. manda como la anterior »que hecha »la publicacion de los testigos en qualquiera de las »instancias, cada una de las partes que quisiere »decir su intencion de bien probado, ó tachar ó

(2) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(3) Número 55. al fin.

(4) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. en su glos. letra j. y Acebedo núm. 96. y siguientes de la suya á esta ley.

„contradecir en dichos ó en personas los testigos y „probanzas que la otra parte hubiere presentado, „lo diga y alegue dentro de seis dias despues de „hecha la publicacion.„ La 37. del tit. 16. part. 3. dispone substancialmente, que exâminados los testigos y pasados los plazos, se debe hacer por el juzgador su publicacion, dando traslado á las partes para que vean si prueban su intencion, y los puedan tachar si fueren corrompidos, ó contra ellos otra cosa tuvieren que decir. El mismo encargo de publicacion le vemos repetido en otras leyes A(1) del Reyno; cuya constante reiteracion ó por la palabra *debe el juzgador* inductiva (2) de verdadera obligacion, ó por ablativo ó un modo absoluto, significativo (3) de condicion y forma, todos son unos argumentos poco equívocos, de que la publicacion, segun nuestro derecho, toca ó pertenece á la substancia del juicio, como asi lo siente (4) Paz.

79 Pero el señor Cañada B(1) y Don Alonso Acevedo, tomando por fundamentos la ley 11. tit. 17. de la part. 3. con la 10. del tit. 6. y la 3.

A(1) Otras leyes que citan el señor Cañada en el cap. 10. part. 1. de sus instit. y Acebedo, núm. 2. de la glos. á la ley 10. tit. 9. lib. 4. de la Recop.

(2) Gregorio Lopez núm. 1. de su glos. á la ley 2. tit. 29 part. 2.

(3) Paz tomo 1. temp. 8. núm. 137.

(4) Paz ibid.

B(1) Cañada part. 1. cap. 10. núm. 7. 21. 22. de sus instit. Acevedo á la ley 10. tit. 6. lib. 4. Recop. núm. 2. al 5.

tit. 18. lib. 4. de la Recop. opinan al contrario, teniéndola por perteneciente, no á la substancia sino al órden. La grande consideracion que se merece la opinion de estos escritores nacionales, al paso mismo que la de Paz que acabo de apuntar, me parece mucho mas conforme, me excita á meditar las leyes en que la fundan.

80 En la 11. contraria en mi dictámen á su opinion, se declara patentemente por regla general, que la publicacion de necesidad pertenece á la substancia del juicio, puesto que nos enseña ser tocante al natural é inalterable derecho de defensa, ibi: *porque se pueda defender*; sin que se oponga á este concepto el que por *favor de religion*, por causa pública ó pia, ó por otras tales razones, prosiga limitando aquella regla en los casos de avenencia, conducho, heregía, ú otras tales, cuya limitacion es (1) un argumento calificativo de la

(1) Vancio *de nullitate*, cap. *an quælibet sententia possit dici nulla*, folio 86. núm. 4.; y Carleval *de judiciis* tit. 1. disput. 2. núm. 227 nos apuntan la regla que dice: *exceptio firmat regulam in contrarium*. Maranta *de ordin. judic.* part. 2. núm. 39. al 41. hablando de la de avenencia entre las partes, dice que por ella se pueden remitir todas las solemnidades, aunque sean las de substancia del juicio, para que valga la sentencia *non in vim sententiæ, sed in vim pacti*; y que tambien valdrá *in vim sententiæ*, si las que remitieren fueren introducidas en su favor, como el juramento de los testigos. El señor Gregorio Lopez en su glos. 2. á esta misma ley 11 nos insinúa que por favor de religion tambien se pueden remitir. Estas limita-

regla general. Ni la 10. que citan conduce tampoco á su propósito, porque no habiendo probanzas, ó estando vistas ó renunciada su vista por las partes, como lo supone, su publicacion estaria por demas.

81 Y la 3. del tit. 18. lib. 4. que asimismo nos citan, tampoco comprehendo que les favorece su opinion, tratando esta ley de las sentencias interlocutorias, cuya naturaleza es la de ser inapelables por una regla general, sienta y limita la regla de esta manera: »establecemos que de las sentencias inter-
»locutorias no haya alzada, y que los juzgadores
»no la otorguen ni la den, salvo si las sentencias
»interlocutorias fueren dadas sobre defension pe-
»rentoria, ó sobre algun artículo que haga perjui-
»cio en el pleyto principal.... ó si la parte... dixere
»que ha por sospechoso al Juez, y en los pleytos ci-
»víles no quisiere tomar un hombre por acompaña-
»do para librar el pleyto; ó si la parte pidiere
»traslado del proceso publicado, y el Juez no se
»lo quisiere dar: en qualquiera de estos casos otor-
»gamos á la parte que se sintiere agraviada que se
»pueda alzar, y el Juzgador que no sea tenudo de
»otorgar la alzada.»

82 Á solas dos partes se ciñe ó se limita toda la disposicion de esta ley: en la primera constituye por regla general, que de las sentencias interlocutorias no haya apelacion, y en la segunda determina que la haya, entre otros casos que enuncia, de la providencia negativa de la publicacion ó entrega del proceso publicado; sin que de nada de todo esto se pueda deducir ni el menor anuncio en apoyo de la exclusiva de nulidad en la misma providencia; porque este entimema *se puede apelar de la omision de la publicacion, ó de la negativa del proceso publicado*, que es lo único que dice ó que dispone la ley: luego no se puede decir de nulidad, ó lo que todo es una misma (1) cosa, no pertenece esta solemnidad *á la substancia del juicio*: concluye muy mal, quando es verdad (2) constante que la apelacion y la nulidad caminan á veces unidas, siendo libre al agraviado con la última, el usar del remedio de nulidad ó de el de apelacion, conjunta ó separadamente, como mejor *le pareciere.*

83 El exemplo de *la recusacion que nos presenta esta ley nos afianza mas en este pensamiento*; pues sin embargo de que su inadmision ocasiona (1) *nulidad en el proceso*, con todo nos dice de la misma manera que de *la publicacion*, que de ella se puede apelar; descubriéndose y manifestándose de aqui, que el señalamiento de las sentencias interlocutorias apelables, contra la regla general que de-

ciones parecen calificativas de la regla general que sienta la ley sobre la necesidad de la publicacion por derecho natural, el qual aunque inalterable por su naturaleza, puede la ley interpretarle, declarando no hablar en estos casos como lo siento, al núm. 91. en su cita 4. y 5. y en el núm. 284. de estos Repasos.

(1) Número 58. y 60.

(2) Cañada part. 2. de sus instit. cap. 1. núm. 2. y siguientes. Curia part. 1. §. 18. núm. 15.

(1) Acevedo á la ley 1. tit. 16. lib. 4. núm. 8. y 9. Curia part. 1. §. 7. núm. 34.

xaba establecida á su ingreso, es y fué el único y preciso objeto que se propuso manifestarnos esta ley, sin entrar en cuenta, ni meterse en el punto enteramente diverso, de si las solemnidades que traía, por exemplo, de las limitaciones á la regla, pertenecian ó no al órden ó á la substancia de los juicios.

84 Conclusion para difinitiva. Dos especies de conclusion nos proponen (1) los autores: una para los efectos que haya lugar, esto es, ó bien para prueba, ó bien para difinitiva, segun lo merezca el estado de los autos; y otra precisa y limitadamente para alguna de las dos. Despues de haber hablado Paz de la primera en el tiempo 7. núm. 43. part. 1. de su tomo 1. vuelve á tratarde la segunda para difinitiva en el tiempo 10. núm 2. y 3. y afirma que pertenece á la substancia del juicio; pero la ley 1. tit. 7. y la 9. tit. 6. lib. 4. de la Recop. en que lo funda, segun se deduce de su contesto, no tratan de esta última que se hace por las partes para tal sentencia despues de las probanzas, ó con su vista, sino de la primera que hacen el Juez ó las partes antes de haberse recibido la causa á prueba.

85 Con igual indistincion comprehendo que proceden (1) el autor de la Curia y Don Josef Febrero. Y el señor Cañada, que se propuso (2) sub-

(1) Cañada part. 1. cap. 7. núm. 10. Febrero lib. 3. cap. 1. §. 6. núm. 236. y 426.

(1) Curia part 1. §. 15. núm. 10. y §. 18. núm. 1. Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 426. 234. y 274.

(2) Cañada part. 1. instit. cap. 7. núm. 6. y siguientes.

sanar las omisiones de estos autores y de Acevedo sobre esta materia, ni nos desata esta inadvertencia, como parecia regular, ni nos manifiesta con bastante claridad (3), si esta conclusion para difinitiva pertenece ó no pertenece á la substancia del juicio; pero la ley 1. tit. 4. lib. 3. del Ordenamiento, que nos previene de que *despues de la conclusion* sea asignado (4) otro término para oir sentencia difinitiva, y la 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion, que nos apunta lo que solia hacerse despues de estar *concluso el pleyto* para dar esta sentencia, en estas palabras *concluso el pleyto*, y en aquellas de la otra *despues de la conclusion*, nos aclaran la duda; y por ellas entiende Acevedo (5) con Perez y otros prácticos, que esta conclusion que hacen las partes pertenece á su substancia.

86 Citacion para difinitiva. Tratando la ley 5. tit. 26. part. 3. de las sentencias nulas, y de que son tales todas aquellas que se pronuncian *sin haberse comenzado el pleyto por demanda y respuesta*, prosigue diciendo: »eso mismo sería non seyendo delante las partes, ó non las habiendo emplazadas que viniesen á oir su juicio»: La 15. tit. 22. de la misma Partida concuerda con la anterior; manifestándose por ellas, y por las demas concordantes, que esta citacion para sentencia tambien pertenece á la substancia del juicio, asi como lo sienten

(3) Cañada no nos desata la duda ni en este cap. 7. ni en el 11. en que trata de la conclusion para difinitiva.

(4) Dicha ley 1. hácia al fin en su vers. *el qual término.*

(5) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. núm. 32. al 38.

comunmente (1) nuestros escritores; adelantando sobre esto (2) Acevedo, que su omision le invalidaria aun quando no se pidiese por las partes, porque proviniendo de derecho natural, ni la puede dispensar el Príncipe, ni la puede (3) modificar con esta calidad de que para tenerse por precisa sea necesario que la pidan.

87 Pero comprehendo que Acevedo en esta parte no procede bastante fundado; porque aun quando sea efectivo que la primera citacion, con todas las demas que tocan á la defensa, dimanan (1) ó provienen de derecho natural, ésta para sentencia solamente toma su orígen del positivo, teniendo ya evacuadas las partes hasta la conclusion todas las defensas que provienen del natural, confesándose por ellas (2) no quedarles que añadir, y dexando al Juez el resto del tiempo hasta la sentencia, para que la pueda proferir con (3) sosiego, sintiendo por esto con mayor fundamento (4) el señor Covarruvias, que esta citacion para difinitiva

(1) Paz tomo 1. part. 1. temp. 10. núm. 6. Febrero tomo 3. lib. 3. cap. 1. núm. 463.

(2) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib.4. Recop. núm. 40. 49. y 134.

(3) Esta ley requiere esta calidad como lo siento al fin del núm. 55. de estos Repasos.

(1) Paz tomo 1. part. 1. temp. 3. núm. 12.

(2) Paz *ibid.* temp. 10. núm. 1. Cañada part. 1. cap. 11. núm. 1. y 2.

(3) Cañada *ibid.* núm. 3.: y Paz *ibid.* temp. 11. núm. 1.

(4) Covarrubias tomo 1. practic. cap. 23. núm. 6. vers. *primum hinc.*

no dimana de otro derecho que del positivo; y resultando de aqui que será válido el juicio en que se omita, á no haberse pedido por las partes expresa y señaladamente, como lo manda la ley (5).

88 Sentencia difinitiva: una de las calidades precisas para que sea válida es que se profiera (1) por Juez legítimo en jurisdiccion, tiempo, lugar, y demas prendas que piden las leyes; teniendo que ser dada ademas (2) entre partes legítimas, y prévias las solemnidades que quedan (3) mencionadas, á no ser en casos (4) exceptuados.

89 Otra, que sea *in scriptis*, ó al menos *in actis redacta per Notarium* (1), porque de otra manera seguramente que sería nula, quando aun en

(5) La ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. que queda referida al núm. 55. y 56. impone esta calidad de que para anular el juicio por omision de las solemnidades de substancia por derecho positivo sea preciso que se pidan; y que esta citacion es tal por solo aquel derecho, es lo que acabo de probar en este núm. 87.

(1) Ley 2. 32. y otras del tit. 2. y la 12. y otras del tit. 22. p. 3. Gutierrez lib. 1. pract. quæst. 101. núm. 2. Paz tomo 1. part. 1. en sus anotaciones, y en los tiempos 1. y 2. Curia part. 1. §. 18. n. 13. 23. lib. 3. Febrero tom. 3. cap. 1. núm. 496. Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. núm. 28. y 29.

(2) Febrero, Curia, y demas autores que acabo de mencionar, y demas mencionados en la cita 4. del núm. 63. de estos Repasos.

(3) Número 64. y siguientes.

(4) Número 139. al 168.

(1) Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 470. y núm. 159. de estos Repasos.

los asuntos de corta entidad no basta *in sola voce*, segun lo sienta el glosador D. Alfonso Aceʌedo, quien asi lo persuade (2) sólidamente con nuestras leyes.

90 Otra, que se profiera A(1) sentado el Juez *pro tribunali*; y á la verdad que atendida la ley 12. tit. 22. de la part. 3. que la invalída por la omision de esta solemnidad, forzoso sería reconocerla por de substancia del juicio; pero el mismo Acevedo al núm. 75. de su glosa á la recopilada, B(2) la desconoce por tal, debiéndose fallar conforme á la verdad probada, sin atencion á tales ritualidades, asi como lo sienten otros escritores en otro estatuto semejante.

91 Otra, que se profiera ó pronuncie por pruebas cocluyentes. Nuestro escritor Nuñez Avendaño es de parecer (1) que á virtud de la cláusula de nuestra ley (2), segun la verdad probada, bastarán menores ó mas leves; pero esta opinion parece diametralmente opuesta á la misma ley, que por el hecho solo de pedir verdad probada, la requiere concluyente, no llamándose tal (3) la que se prueba de otra manera; sobre lo qual conduce consi-

A(2) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 75. y 76: y en estos Repasos al núm. 159.

(1) Febrero lib. 3. cap. 7. núm. 470.

B(2) En la recopilada 10. tit. 17. lib. 4. núm. 75 y 77.

(1) Avendaño en su tratado titulado de Respuestas en la respuesta primera, núm. 20.

(2) De nuestra ley 10. tit. 17. lib. 4 Recop.

(3) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 100. Curia part. 1. §. 17. núm. 42. y lib. 2. cap. 15. n. 42.

derar, que demarcándose (4) las pruebas por derecho divino, no las puede alterar el Príncipe por una ley general, qual es esta en que se manda juzgar en todo pleyto segun la verdad, probada, siéndole facultativo nada mas (5) que su interpretacion atemperada á tales circunstancias que hagan como de necesidad que valgan menores en casos particulares ó de privilegio, como (6) los de corta entidad, peligro público, dificil prueba, ó semejantes.

92 Otra, que sea conforme con el libelo en la accion y en la cosa demandada, como con otros puntos igualmente importantes lo sienta y amplifica sabiamente el señor Cañada en el capítulo 12. part. 1. de sus Instituciones prácticas, desde el número 16 en adelante.

93 Pero el autor de la Curia desviándose en parte de este parecer, opina A(1) en quanto al primer extremo, »que aunque el actor intente la de»manda por una causa y accion, y pruebe otra di»ferente, se puede dar sentencia, atento una ley

(4) Curia lib. 2. cap. 15. núm. 42. Gomez á la ley 3. de Toro núm. 123. Acevedo á dicha ley 10. tit. 77. lib. 4. núm. 98. y á la ley 4. tit. 14. núm. 35. lib. 3. Recop.

(5) Paz tomo 1. par. 1. temp. 5. núm. 48. Gomez *loco proxime citato*. Acebedo núm. 35. á la ley 4. tit. 14. lib. 3. Recop. Vinio lib. 1. tit. 2. §. 11. instit. *de jure naturali, gentium, et civili.*

(6) Acevedo *loco proxime citato*: y en estos Repasos á su núm. 150. 151. 159. 49. 134. y otros.

A(1) Curia part. 1. §. 18. n. 6.

»de la Recopilacion, que manda que los pleytos se »determinen conforme á la verdad que de ellos »resultare.»

94 Esta ley, que es la misma de que se viene B(1) tratando, ni por su cláusula segun la verdad probada, ni por otra alguna nos puede(2) dispensar la citacion, audiencia, ni demas solemnidades de defensa, que proviniendo de derecho natural, su omision causará de necesidad en el juicio una insanable nulidad; de cuyo vicio es indubitable que forzosamente adoleceria la sentencia, si por la accion ó derecho resultante de la prueba se condenase al reo, dexándole indefenso (3) sin haberle citado ni oido en esta razon; y lo mismo ocurriria si se le condenase en otra cosa que la demandada, como se colige de esta misma ley, y su glosador (4) Acevedo lo hace ver con evidencia.

95 Otras muchas calidades requiere la sentencia para que sea válida, como por exemplo, (1) que sea clara, y cierta, salvo en juicios universales ó generales, como de herencias, tutelas, cuentas, ú otros tales; que en negocios árduos no se profiera (2) por Juez lego sin consulta de Asesor

(1) La ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. de que se viene tratando desde el núm. 56.
(2) Acevedo á dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. n. 134. y 118.
(3) Acevedo ibid. núm. 118. al 124.
(4) Acevedo ibid. núm. 115. y 121.
(1) Curia part. 1. §. 18. núm. 19.
(2) Bobadilla lib. 1. politic. cap. 12. núm. 80. Curia part. 1. §. 18. núm. 24. Febrero lib. 3. cap. 1. §. 14. núm. 500.

letrado; que no sea contra (3) otra anterior; contra (4) ley, contra *naturam*, ni contra buenas costumbres; ni por (5) corrupcion ni cohecho del Juez, ni por falsedad de testigos, Abogados, Escribanos, Procuradores, ni otros semejantes.

96 Y finalmente requiere la sentencia (1) que en los autos ó procesos no se pervierta el órden *unius causæ ad se ipsam*, como si primero se profiriese ó publicase, y luego se escribiese, ó si se diese antes de saberse la verdad, queriendo saberla despues. La alteracion de este órden, como que pertenece á la substancia del juicio (2), causaria nulidad en la sentencia; pero lo contrario sería si solamente se pervirtiese el órden (3) *unius causæ ad alteram causam*, porque este no corresponde á mas que á la substancia del órden judicial, ó justicia de las partes, como si primero se fallase sobre la propiedad que sobre la posesion; en cuyo caso, y en los demas de esta especie, tocados con oportuna distincion por los (4) autores, aun quando se ocasione por esta perversion un justo de-

(3) Curia *loco citato* núm. 11.
(4) Ley 3. tit. 26. y ley 12. tit. 22. part. 3.
(5) Curia *ibid.* núm. 12.
(1) Ley 15. tit. 22. part. 3. núm. 6. y 7. Vancio *de nullitatibus*. capítulo *de nullitate ex defectu processus*, n. 49. Escacia *de appellat*. quæst. 17. limitat. 6. miembro 7. fol. 395. núm. 114. y siguientes.
(2) Vancio y Escacia *ibid.* y la citada ley 15. núm. 6. y 7.
(3) Escacia *loco citato*, núm. 118. Vancio *ibid.* n. 49.
(4) Escacia *loco citato*, núm. 114. y siguientes.

recho (5) de apelar, queda no obstante firme el juicio, lo mismo que tambien sucederia si la sentencia fuese (6) condicional, y en otros muchos casos que mencionan (7), y no tengo por preciso detenerme á referirlos, teniendo por bastante esta insinuacion, con las de los demas puntos y solemnidades que llevo mencionadas por todo este capítulo, para volver ahora la vista hácia la opinion que apunté (8) á su ingreso, sobre que nuestra ley *potius est litium seminaria quam abbreviatrix.*

97 Si volvemos á recorrer con presencia de lo expuesto (1) las solemnidades judiciales, desde el mismo libelo hasta la sentencia inclusive, apenas hallarémos otra cosa que un problema ó una multitud de opiniones hasta de los autores nacionales, que opuestas entre sí, á virtud principalmente de la cláusula, segun la verdad probada y demas de nuestra (2) ley, nos vienen á dexar entre todas en la mas perplexa incertidumbre sobre la necesidad ó incongruencia de cada una, no sien-

(5) Escacia *ibid.* núm. 118. Vancio *loco citato.*
(6) Ley 14. tit. 22. part. 3. Vancio *loco citato* n. 107. al 116.
(7) Vancio trat. *de nullitat. per totum.* Febrero. lib. 3. cap. 1. núm. 494. y siguientes.
(8) Número 56.
(1) De lo expuesto por todo este cap. 5. Vancio *de nullitat. ex defectu processus* núm. 17. Recop. sobre este punto la diversidad de opiniones en los escritores civilistas.
(2) De nuestra ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. referida al núm. 56.

do posible que nos fixemos en si la conclusion por exemplo, y asi de las mas de las otras, es ó no necesaria ó de substancia del juicio, porque por mas que la mas profunda delicadeza ó lógica legal se esfuercen en demostrar el punto por qualquier extremo, ó bien negativa ó bien afirmativamente, jamas avanzarán á adelantarle sobre la línea de opinable.

98 Cada opinion es un vehemente estímulo de un pleyto, prestando (1) en alguna manera una cierta esperanza á la victoria, ó poniéndole á cubierto quando menos del concepto de calumnioso; y vé aqui un fatal y fecundísimo plantel de litigios, á motivo de la diversidad de glosas á una (2) ley, que sabia y loablemente no se propuso mas objeto que minorarlos.

99 Pero mientras tanto que este importantísimo y ansiado fin no se logre por otros medios, me parece que en el estado de incertidumbre en que nos tiene puestos esta diversidad, no nos resta otro arbitrio que el de recurrir al estilo del juzgado, intérprete sabio (1) y seguro de las leyes, y que las reforma en caso necesario. Si se duda ó si se pregunta en qualquier pleyto, si la conclusion por

(1) Gomez á la ley 83. de Toro, núm. 17. vers. *nonum privilegium.*
(2) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. á su glos. letra b. dice: y asi los pleytos se alargan, de que viene grande daño á las partes, por ende establecemos:::
(1) Paz cap. inicial á su Práct. núm. 6. al 15. Bobadilla lib. 5. de su Política, capítulo, 3. núm. 57. y 65. y lib. 2. cap. 10. núm. 49

exemplo, la publicacion, la pronunciacion, ú otra qualquier solemnidad de derecho positivo son ó no necesarias, ó de substancia del juicio, y por consequencia si su omision causará nulidad, ya que por combinacion de principios, sutilizados acaso demasiado con las enunciadas (2) opiniones, no podemos contestar segura y categóricamente, estemos atentos al estilo y práctica, cuya observancia nos fixará la regla, segun viene (3) demostrado con exemplo del libelo, y con otros que insinúo mas adelante (4).

100 Esta medida legal y de prudencia, atemperada al estado de cosas, parece mas adaptable que á otros puntos á este de los trámites y solemnidades judiciales, donde el estilo es notorio en qualquier juzgado; pero se hacen precisas otras advertencias, por no estar aqui todos los males que han dimanado de la variedad de interpretaciones á esta (1) ley; porque ¡ qué ensanches tan injustos no se figuran (2) muchos Jueces al abrigo de su cláu-

(2) Número 97. y 98. de estos Repasos.
(3) Número 64.
(4) Número 136. 137. 310. y otros.
(1) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.
(2) Gutierrez lib 1. práct. quæst. quæstione 98. núm. 1. ait remissive *lex* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.*: *Non levem litium proferendarum præbet occasionem.*» Acevedo en el núm. 1. de su glos. á la misma ley, nos apunta tambien remissive: »*quod propter eam ansa tributa est judicibus ut ultra metam juris, et intentionem nostræ legis arbitria sua et voluntates extendant.* libere.» Castillo lib 5. controvers. cap. 163. núm. 18. ait: »*quod*

sula, segun la verdad probada, creyéndose autorizados por ella para arbitrar en todo á su voluntad, ó como les dictare su razon, ó mas bien su capricho, sin precision á leyes.

101 Esta relaxacion es aun mas temible que la nacida de la otra diversidad de glosas, porque no limitándose como aquellas en esta materia á las formalidades del juicio, se adelanta contra la substancia del derecho, dispensándole (1) ó concediéndole arbitrariamente por una equidad ó verdad puramente imaginaria ó á lo sumo natural, con manifiesta violencia de los derechos de las partes, y de los principios elementales (2) que nos enseñan

nihil periculosius dici potest, et perniciosius quam si judici cuilibet liceat æquitatem pro arbitrio suo fingere.» Bobadilla lib. 2. cap. 21. n. 134. de su Política dice: »que á virtud de aquella cláusula la verdad sabida suelen los Jueces ampliar, y limitar las leyes, y la »fuerza de las probanzas á su albedrio, y aun juzgar segun sus conciencias, de donde procede causar terror, y admiracion su modo de proceder, y su »desigualdad en el sentenciar.»
(1) Castillo y Bobadilla *ibid.* Las frases vagas de equidad, ó de buena ó mala fé se deben usar con parsimonia, porque no contrayéndose á principios mas inmediatos, se suelen mirar como presagio seguro de mal pleyto ó de escasez de luces, segun lo indico en el cap. 9. y otros de estos Repasos.
(2) Acevedo núm. 90. á dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recop. Maranta *de ordin. judicior.* part. 4. dist. 9. núm. 39. Vinio y Salas al §. inicial y 2. lib. 3. instit. *de obligationibus*: y en el núm 174. 194 y otros de estos Repasos.

no ser atendible otra verdad que la legal, esto es aquella *cui jus patrocinatur*, como por exemplo la que nacia (3) antiguamente para el cumplimiento de lo concertado por contrato, pero no por pacto nudo, ó en el dia la que dimana (4) para llevar á efecto la voluntad del testador en testamento solemne, mas no la del informe ó menos solemne, que quedándose, como antiguamente el pacto nudo, en la clase de verdad puramente natural, es (5) ineficaz en derecho.

102 Aun para otro error se toma por fundamento aquella (1) cláusula, queriendo que haga sumarios todos nuestros juicios, y que en todo se substancien como ellos; pero el glosador Don Alfonso Acevedo al número 91. de su glosa impugna esta opinion en breves palabras, ibi: *ex lege nostra causæ non sunt sumariæ, competentes enim dilationes dandæ sunt.*

103 Este fundamento, aunque sólido, requiere ó necesita de alguna amplificacion, que dilato hasta los números 129 y 130 del capítulo octavo, concluyendo por último en este; con que sin embargo de lo expuesto, (1) no subscribo á la opinion (2) de que nuestra ley, *potius est litium seminaria quam abbreviatrix*; porque la variedad de opiniones no es efecto inmediato de la ley, sino de la condicion de nuestras luces, que no siendo iguales en todos, y habiendo de fixarnos en las conseqüencias por combinacion de principios, se hace forzoso que sean varias y diferentes, á la manera que se nota (3) en casi todos los puntos de derecho ó de otra qualquiera profesion; pero en nuestro caso se fixa y subsana por ahora en el modo posible esta variedad por recurso al estilo, como lo llevo (4) insinuado, y por el medio de una constante aplicacion y sumision á las leyes, como lo propongo en otro (5) lugar.

(3) Maranta, Vinio, y Salas. *ibid.*

(4) Antonio Gomez á la ley 3. de Toro, núm 123. Vinio en la rúbrica al título 14. institutionum *de obligationibus.*

(5) Gomez, y Vinio *ibid.*

(1) Avendaño tract. Responsionum responsion. 1. n. 25. 20. y otros. Acevedo remissive en la ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recop. núm. 92. y núm. 97. al 106.

(1) De lo expuesto desde el núm. 97. en adelante de estos Repasos.

(2) A la opinion apuntada en el núm. 56. en el 96. cita 8. y otros.

(3) Molina *de justitia et jure*, tom. 5. disput. 47. tract. 5. núm. 6. Escacia *de appellationibus*, quæst. 17. limitatione 6. miembro 7. fol. 395. núm. 115. vers. contra, ibi : *quia nihil in jure est ita determinatum ut controversiam non habeat.*

(4) Número 99. 136. y otros.

(5) Número 203. y por todo el capítulo 9. y 10. y en el núm. 246. y otros de estos Repasos.

ÍNDICE.

CAPÍTULO VI.

Juicios extraordinarios.

104 Los juicios que se apoyan en la suprema potestad tuitiva, como los de alzamiento de fuerzas, aunque se suelen (1) llamar extraordinarios, no merecen en rigor ni aun el nombre de juicios, debiéndose estimar todas sus diligencias por unas meras indagaciones instructivas y extrajudiciales; y en cierta manera ocurre lo mismo con todos aquellos que se fundan en la gubernativa y económica, como los (2) de concesion de gracias, conmutacion

L

(1) Cañada tom. 2. de Recursos part. 1. cap. 10. n. 25. al 29. dice que son extrajudiciales estas diligencias, porque no se someten á ritualidades como las contenciosas, á la manera que las de un Padre de familias que trata del amparo y gobierno de su casa: véase la cita 2. del núm. 166. donde por otra razon se llama tambien extrajudicial qualquiera decision.

(2) Las Reales gracias de legitimacion, vénia de edad, habilitacion para arrendar, servir ú obtener algun empleo, las de conmutacion de voluntades, ú otras tales se conceden por S. M. prévio un juicio ó conocimien-

de voluntades, postura de mantenimientos, limpieza de calles, y otros semejantes.

105 Maranta *de ordine judiciorum*, á quien nos remite (1) Paz sobre la division del juicio extraordinario en sus especies, nos refiere (2) por su objeto, forma y medios siete modos ó maneras por las quales se pueden llamar extraordinarios los juicios; pero como las unas se fundan en la potestad gubernativa, que como viene (3) indicado, no constituye verdaderos juicios, y las otras en denominaciones extrínsecas, en meras sutilezas, ó en ritualidades abolidas, todas requieren algun exámen.

to meramente instructivo de la Cámara, como se insinúa en Real Órden de 9. de Julio de 1784. y se amplifica por el señor Elizondo en el tom. 5. de su práctica forense fol. 139. núm. 24. fol. 178. núm. 5. fol. 167. n. 27. fol. 229. núm. 19. y otros por toda su obra. En las posturas de alimentos, derramamiento de los alterados, castigo de sus delinqüentes, y otras tales cosas tocantes á gobierno, procede el Juez de plano, y aun sin proceso, á no ser en los casos en que la entidad, ó gravedad del asunto exîja su formacion, como por exemplo, en la aprehension de armas prohibidas, siendo de mucho valor, ó por otras razones; y aun en estos casos deberá ser el juicio puramente sumario é instructivo, segun lo sienta Bobadilla en el libro 3. cap. 4. núm. 100. y 106. lib. 2. cap. 21. núm. 140. libro 1. cap. 13. núm. 103. 104. y en otros lugares de su Política.

(1) Paz práct. annotatione 1. núm. 15.

(2) Maranta *de ordine judiciorum* part. 4. distintione 10. por toda, fol. 210.

(3) Número 104. de estos Repasos.

106 Por razon del objeto dice (1) que se llaman extraordinarios todos los criminales en que su pena sea extraordinaria ó arbitraria, por no haberla fixa por las leyes para el delito de que se trate: y añade (2), que por este motivo todos los criminales indistinta y generalmente se pueden llamar extraordinarios, por poder el Juez alterar la pena en qualquier delito, atendida la calidad de las personas, tiempo y lugar; pero esta denominacion extrínseca á veces no los altera, ni aun su nombre, como se patentiza con los promovidos por acusacion, donde sin embargo de ser (3) punto corriente la alteracion de la pena por aquellas mismas razones, nadie duda en que su juicio es (4) y se llama tambien ordinario.

107 Por su forma dice que son (1) extraordinarios todos aquellos que se desvian en la substanciacion de las reglas regulares, como los executivos y sumarios. Esta division, en que se llaman extraordinarios todos los sumarios, se confirma hasta por la etimología de la voz (2) ex-

(1) Maranta *ibid.* núm. 4. (2) Maranta *ibid.* núm. 8.

(3) Ley 12. tit. 16. part. 7. Paz tom. 1. part. 5. §. 12. n. 97. Bobadilla lib. 2. cap. 21. n. 147., en que cita remissive muchas causas, por las quales es lícito acrecentar, ó disminuir las penas, ofreciendo publicar mas de dos mil que dice tenia apuntadas y fundadas en derecho. En el núm. 220. y 245. de estos Repasos trato tambien de esta facultad de los Jueces.

(4) Número 148. de estos Repasos.

(1) Maranta *ibid.* n. 1.

(2) Justiniano §. 8. lib. 4. tit. 15. instit. *de interd.* Vinio al mismo §. 8. Paz práct. annotatione 1. n. 16. y 17.

traordinarios, y se colige del dictámen uniforme de otros (3) escritores que dividen el juicio en no mas de dos especies, ordinario y extraordinario, ú ordinario y sumario, identificando el extraordinario y el sumario. Á estas qüestiones de pura voz las tengo por poco útiles; mas con todo comprehendo, que queriendo conservar la division del juicio por su forma en las mismas tres especies, de ordinario, extraordinario, y sumario, mas propiamente se podrán decir extraordinarios por su forma todos aquellos, què no queriendo las leyes que se rijan por las cláusulas y reglas de los ordinarios ni sumarios, les señalan su forma peculiar, como á los executivos, á los de tenuta y á otros (4) á este tenor.

(3) Ferraris en su biblioteca, verso *judicium*, núm. 11. Valense in Decret. lib. 2. tit. 1. *de judiciis* n. 9. El señor Cortavarría al mismo lib. y título de las Decretales vers. *existimavit*. Alvarez Posadilla Práctica criminal part. 1. fol. 17.

(4) Los de restitucion de términos conforme á la ley 4. tit. 7. lib. 7. de la Recopilacion; los de residencias, y los suscitados contra los ausentes, con otros tales de que los autores prácticos tienen publicados muchos tratados; debiéndose tener presente en esta razon, que esta conseqüencia el remedio es ordinario, luego también lo es el juicio, no es legal, como se ve en la segunda suplicacion, cuyo remedio es ordinario, segun lo demuestro en el n. 115. por dispensarse á todos indistintamente por las leyes, y su juicio es extraordinario por la peculiar forma que le tienen señalada; lo mismo que tambien ocurre con el de tenuta y otros á este tenor

108 Y últimamente dice A (1) Maranta que se llama extraordinario por razon de su medio: *Ubicumque non est prodita actio ad aliquid exequendum, sed Prætor ex sua potestate et officio illud exequitur sive manu militari, sive captis pignoribus, sive multa indicta, vel aliis remediis Prætoris; et etiam dicitur extraordinarium judicium ubicumque generaliter super aliqua causa imploratur officium judicis in locum deficientis actionis, nam quando imploratur officium judicis, dicitur causa extraordinaria, et quando lex dicit subveneri extra ordinem ibi censetur concedere officium judicis.*

109 Las leyes que nos cita B (1) en comprobacion de toda esta doctrina, ó bien son (2) referentes á ritualidades antiquadas, de que no tene-

A (1) Maranta *de ordine judicior.*, parte 4. dist. 10. n. 2. y 3. véase sobre este núm. lo que digo en la cita 4. del anterior.

B (1) En comprobacion de toda esta doctrina nos cita Maranta seis leyes, que son la ley *Qui restituere ff. de reivindicatione*. La, *si quis missus ff. ne vis fiat*. La 1. *ff. de vintre in possessione mittendo.* La 1. *ff. de variis et extraordinariis cognitionibus*. La *si quis sepulchrum ff. de religiosis*. Y la *Quintus ff de annius legatis*.

(2) En las acciones arbitrarias como por exemplo en la reivindicacion habia, ó se pronunciaban dos sentencias, como lo refiere Vinio n. 3. y 4. ff. 31. lib. 4. tit. 6. instit. *de actionibus*, una interlocutoria, en que se le mandaba al reo restituir alguna cosa, y otra difinitiva, en que no cumpliendo con lo que se le mandaba en la primera, se le condenaba en algo mas por su contumacia; pero á veces el Juez conformándose con lo que se le

mos ni la menor observancia en nuestro derecho, como las de los interdictos, actiones arbitrarias,

permitia en la citada ley *qui restituere*, llevaba la interlocutoria á execucion *ex suo officio et potestate*, que era lo que por entonces se llamaba ó se tenia por extraordinario, segun lo sienta Vinio al n. 4. de sus Comentarios al citado §. 31. En los interdictos tambien habia dos jusiones ó preceptos del Pretor, como lo sienta el mismo Vinio en el lib. 4. tit. 15. vers. *aut. jubebat*, n. 1. ff. inicial instit. *de interdictis*; uno en que sin forma de juicio decretaba lo que le parecia justo, y otro en que no cumpliendo el reo con lo que se le mandaba, ó bien creaba Jueces á quienes remitia el asunto con la competente accion y fórmula para que le substanciasen y determinasen, ó bien, desviándose de este órden regular y ordinario, executaba su primera jusion *ex suo officio et potestate*, como la interlocutoria de las acciones arbitrarias que acabo de enunciar: de este remedio extraordinario, pendiente de la voluntad ó arbitrio del Pretor, como lo refiere Minsingerio al §. 7. n. 1. instit. *de interdictis*, es de lo que tratan substancialmente las citadas leyes. *Si quis missus ff. ne vis fat.* y la 1. *ff. de ventre in possessionem mittendo*; de manera que por esto es visto con evidencia, que tanto estas dos leyes, quanto la otra *qui restituere*, de que acabo de hablar, son referentes á meras ritualidades abolidas, de que no tenemos ni la menor observancia en nuestro derecho, donde los asuntos se determinan con una sola sentencia, que no siendo apelada, desde luego se lleva á execucion, segun lo advierte Salas al citado texto 31. instit. *de actionibus*, y donde qualquier precepto que no sea proferido con la competente audiencia, como no lo eran aquellas primeras jusiones ó sentencias del derecho antiguo, no surte otro efecto, compareciendo el reo, como lo sienten Febrero en el

ú otras semejantes, que es de lo que tratan las quatro primeras de las seis que nos cita; ó bien descansan en la potestad gubernativa y económica (3), como la ley: *si quis sepulcrum ff. de religiosis*, que siendo otra de las citadas, sus indagaciones y

lib. 3. cap. 1. n. 466. y Vinio §. inicial n. 1. instit. *de officio judicis*, que el de convertirse en una simple citacion. Y la ley 1. ff. *de variis et extraordinariis cognitionibus*, que es ya la 4. de las seis indicadas en la cita anterior, tambien es referente á los tiempos de las fórmulas antiguas abrogadas, segun lo dexo expuesto en el n. 30. de estos Repasos, hasta por el derecho civil, y desconocidas por el nuestro, como lo significa Bobadilla en el lib. 3. cap. 14. n. 68. y siguientes de su Política, hablando de los honorarios, de los profesores de artes liberales, que es de lo que trata dicha ley 1. de ff. *de var. et extraord. cognit.* como lo apunto en la cita 1. del n. 340. de estos Repasos.

(3) Por favor de religion, libertad ó causa pública, que es de lo que trata la citada ley *si quis sepulcrum*, para que los cuerpos no quedasen insepultos, permiten tambien nuestras leyes 3. del tit. 5. part. 5. con la 2. y 8. del tit. 1. part. 2. y demas concordantes que apuntan sus glosas, particularmente á la 3. de la part. 5. que se tomen sus cosas á los particulares pagándoles su precio; pero como esta facultad viene fundada en la potestad gubernativa y económica, superior y sin restriccion á trámites judiciales como la contenciosa, sus diligencias solo se deben estimar por meras indagaciones instructivas del ánimo del Juez, á cuya prudencia ó arbitrio se cometen, como lo insinúa el señor Covarrubias en el cap. 14. lib. 3. de sus varias Resoluciones n. 8. vers. último, y Bobadilla en el n. 26. lib. 3. cap. 5. de su Polit. Véase sobre esta potestad la cita 1. del n. 104. de estos Repasos.

diligencias no se deben estimar por verdaderos juicios. Y la ley *Quintus ff. de anuis legat.* que tambien nos apunta para prueba de que es extraordinario el juicio quando se implora el oficio del Juez, debe llamar muy seriamente nuestra atencion en toda su letra; porque ademas de ser contraria diametralmente á la 19. tit. 16. de la part. 6. la considero envuelta en las incomprehensibles sutilezas que con las demas concordantes (4) del derecho civil son seguramente como el fomes de las injustas arbitrariedades que atribuyen hasta nuestros glosadores al oficio del Juez.

110 Trata esta ley *Quintus* de las disposiciones testamentarias, y en su versiculo *Itaque*, se explica de este modo. »*Itaque hæc Quinti Mutii* »*scriptura, liberi mei ibi sunto ubi eos mater sua* »*esse volet, nullam obligationem parit, sed ad* »*auctoritatem defuncti conservandam id pertinebit,* »*ut ubi jusserit, ibi sint: nec tamen semper vo-* »*luntas ejus ad jussum conservari debet, veluti si* »*Prætor doctus sit non expedire pupillum eo mo-* »*rari ubi pater jusserit, propter vitium quod pa-* »*ter forte ignoraverit in eis personis esse apud* »*quos morari jusserit... et in omnibus ubi aucto-* »*ritas sola testatoris est, neque omnino sper-* »*nenda neque omnino observanda est, sed inter-* »*ventu, judicis hæc omnia debent, si non ad tur-* »*pem causam feruntur, ad effectum perduci.*»

(4) Concuerda el §. 1. del lib. 4. tit. 6. instit. *de actionib.*; y Minsingerio, y mas comentaristas que enuncio en el n. 239. y otros de estos Repasos.

111 Verdaderamente que se encuentra incomprehensible y contradictorio, que los pupilos hayan de morar de necesidad en el parage señalado por el testador, no siendo *ad turpem causam*, y que no estan obligados. La obligacion no es (1) otra cosa que un vínculo del derecho *quo necessitate adstringimur ad aliquid faciendum*: luego que lo estan es evidente, no obstante la letra de esta ley, puesto que se les precisa á que moren allí; con lo qual concuerda la 19. tit. 16. de la part. 6. que denotando sobre este punto (2) la mas llena obligacion, sin la menor restriccion y absolutamente dice »criarse debe el huérfano en aquel lu- »gar é con aquellas personas que mandó el pa- »dre, ó el abuelo en el testamento.»

112 Á este pensamiento no se opondria el que para precisarlos se necesitase la averiguacion de no ser *ad turpem causam*, porque la torpeza ó sencillez de la causa ya se hallaba y tenia su sér *per prius*, á esta indagacion, que solo serviria para que constando legalmente su exîstencia, se les pudiese compeler; *et quæ per rerum naturam certa sunt*, es A(1) principio inconcuso; *quod non mo-*

M

(1) Ley 5. tit. 12. part. 5. Vinio lib. 3. tit. 14. §. inicial instit. *de obligat.*: véase el n. 239. y 336. de estos Repasos.

(2) La palabra *debe* inductiva de verdadera obligacion, y la direccion de sus palabras á las partes conforme á las doctrinas que apunto á los núm. 78. cita 2. y n. 233. y 234. no nos permiten dudar de que por esta ley de las partes se dispensa verdadera obligacion.

A(1) Justiniano en el §. 6. lib. 3. tit. 16. inst. *de verbor. obligat.*

rantur obligationem, licet apud nos incerta sint. Y ménos se opone al pensamiento el que para exîmirles se necesite la averiguacion contraria, con lo qual, si faltare la causa torpe, tácitamente se les confiesa obligacion.

113 Tampoco satisfaria á este B(1) reparo el que no se precisase por accion sino por el oficio del Juez, á quien quieren los glosadores (2) que le baste la obligacion que se tiene á sí mismo, ó á la ley, para hacer aquello que le corresponda por su oficio, sin que necesite para cumplirlo el que las partes esten obligadas; pero ademas de ser satisfaccion inconciliable en nuestro caso con la ley de las partidas que dexo (3) referida, ¿quién no ha de reconocer á esta sutileza por un efugio frívolo, de que resultaria (4) la ridícula patraña ó paradoxa de que el obligado fuese el Juez, y pagadora la parte?

114 Esta otra ilacion se procede por imploracion del oficio del Juez: luego el juicio es extraordinario, como lo infiere aqui (1) Maranta por argumento de estas leyes: tampoco concluye ni es legal en el dia, siendo constante (2) que im-

B (1) Á este reparo que apunto al ingreso del n. 111. véase en alusion á esto lo que expongo al n. 239. de estos Repasos.
(2) Número 26. y 217.
(3) Núm. 111. en su cita 2.
(4) Véase tambien sobre esto el citado n. 239. de estos Repasos.
(1) Maranta en el lugar que dexo referido al n. 108.
(2) Número 44. y 45.

plorado *principaliter*, su discusion es ordinaria. Era sí legítima en aquellos tiempos (3) en que los Pretores reservaban á su conocimiento diferentes asuntos, remitiendo los demas á los Jueces pedaneos, porque en efecto era por entonces un recurso ó remedio extraordinario el de su imploracion, como que su concesion, sobre gobernarse como queda sentado (4) fuera del órden regular de los juicios ordinarios, pendia (5) en gran parte de su voluntad.

115 Pero el oficio de los Jueces despues de aquella época, ó segun nuestro derecho, ademas de regirse (1) por un órden regular, es (2) un remedio que de necesidad le deben interponer á quantos se les imploren en los casos señalados por las leyes; naciendo de aqui, que á la manera que la suplica se estimaba por remedio extraordinario, quando por las nuestras (3) se pedia y concedia de merced, al contrario que es y se tiene por ordinario desde que se mandó por otras, que indistintamente se dispense á todos en sus casos, asi tambien el oficio del Juez, aun quando trayga orígen de el de los Pretores en quienes era y se consideraba como remedio extraordinario, y en

(3) Núm. 24. y 30.
(4) Núm. 29. en su cita 3.
(5) Minsingerio al §. 7. lib. 4. tit. 15. instit. *de interdict.* n. 1. y en el n. 109. de estos Repasos en su cita 2.
(1) Número 44. y 45.
(2) Acevedo á la ley 23. tit. 7. lib. 3. Recop. n. 5. al 7.
(3) Cañada part. 2. de sus instit. cap. 4. n. 20. y 38. Elizondo tom. 9. fol. 203. n. 4. y fol. 209. y siguientes. Véase tambien la cita 4. al n. 107.

gran parte de gracia, ya en nuestros Jueces no lo es tal, sí solo ordinario y de justicia (4), como por exemplo el de la súplica, nulidad, apelacion, ó semejantes.

116 Estas acciones ó remedios concurren (1) á veces entre sí, y con el oficio del Juez, ofreciéndose otras (2) en que por razones particulares hay lugar entre ellos á su respectiva exclusion ó entrada; de manera que ni aun por el aspecto, ó por el respeto de subsidiario en falta de otro ordinario se debe mirar á su oficio por remedio extraordinario; siendo el recurso á S. M. para prestar auxîlio en qualquier caso por falta de accion ó derecho, como por exemplo en la apelacion, súplica, retractos, tenutas, probanzas, excepciones, y otros que propongo en otros (3) lu-

(4) Escacia *de appellationibus quæst.* 19. *remissione* 1. *conclusione.* 4. n. 24. fol. 540. Escacia *de judiciis* cap. 97. n. 133. vers. *ne obstat.* Elizondo tom. 5. fol. n. 2.

(1) Carleval *de judiciis* tit. 2. disp. 2. n. 1. Vinio n. 2. al §. 14. tit. 6. instit. *de actionibus*, al §. 5. tit. 7. instit. *de exceptionibus*, y al §. 1. tit. 12. lib. 4. instit. Escacia *de judiciis* cap. 97. n. 133. vers. *ne obstat.* Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 289 al 261. Curia part. 1. §. 11. n. 8., y al n. 236. y en la cita 1. del 336. y otros de estos Repasos.

(2) Minsingerio lib. 4. tit. 6. instit. *de actionibus*, §. 29. n. 35. Olivan *de actionib. in proemio* á su parte 2. cap. 6. n. 21.

(3) Núm. 301. 312. y otros de estos Repasos: y Elizondo tomo 5. por todo él. Véase tambien la cita 3. del n. 250. donde en falta de derecho á solo el Rey se nos manda recurrir.

gares, el único camino que por esta calidad de subsidiario se debe tener ó estimar por remedio extraordinario, sin que las facultades del oficio del Juez como tal remedio, ni de otra alguna manera sean suficientes al efecto.

117 Y finalmente por conseqüencia de lo expuesto por todo este capítulo, no solamente aparece evidenciado que el oficio del Juez, segun nuestro derecho, no es remedio extraordinario, como lo sienta (1) Maranta con referencia al civíl, sí solo ordinario en sus (2) casos, como el de nulidad, apelacion, ó semejantes, sino que en la confrontacion de su doctrina con la del nuestro tambien se nos presenta bien al descubierto una bastante idea de quan peligrosa nos puede ser una ciega deferencia á las remisiones ó citas de nuestros escritores, quando tratando de la práctica limitadamente de nuestro derecho, las hacen como Paz (3), sobre este punto de juicios extraordinarios, ó glosadores ó autores extrangeros, que hablando por lo comun de los textos civíles con temperamento á sus usos nacionales, nos exponen al riesgo de que ritualidades ó disposiciones abolidas, como el oficio del Pretor, interdictos, acciones arbitrarias, y demas enunciadas (4), las tomemos por derecho corriente ó en observancia; sin que de este tremendo escollo, á que nos conducen incesantemente (5) por todas

(1) Núm. 108.

(2) Núm. 115. en su cita 3.

(3) Número 105. en su cita 1.

(4) Núm. 109. en sus citas 1. y 2.

(5) Cañada parte 2. de sus instrucciones capit. 12. n. 30. y en la cita 9. del n. 339. y otros de estos Repasos.

las materias de derecho, nos pueda retirar otra precaucion que la de una pesada crítica, que las confronte con nuestras leyes.

INDICE.

CAPÍTULO VII.

Cláusulas sumarias.

118 Sumarias son las causas A (1) de corta entidad hasta en determinada cantidad, porque de sus sentencias solo puede resultar un corto perjuicio. Las de los navegantes son (2) asimismo sumarias, por correr peligro en la tardanza. Igualmente lo son (3) las de eclesiásticos en los juzgados seculares, para que no se distraygan de los oficios divinos. Y á este tenor tenemos otras (4) que tambien son sumarias por equivalentes razones.

119 Pero ni todas ellas, ni aun otros mayores motivos de equidad alcanzarian á exîmirlas de la regla B (1) general, en que se acuerda que todo juicio sea ordinario, si de esta regla no las exîmiesen las leyes. Su voluntad, apoyada en estas ú otras tales razones (2), y mas principalmente en la de su supremo arbitrio, es el orígen inmediato de la sumariedad de los negocios. Para sig-

A (1) Número 40. y 159. de estos Repasos.
(2) Núm. 42. y 165 en su cita 8.
(3) Núm. 147. cita 8.
(4) Núm. 147. y siguientes.
B (1) Núm. 39.
(2) Acevedo n. 5. á la ley 5. tit. 1. lib. 2. Recop.; y en el n. 76. de la 3. tit. 13. lib. 4. dice, que las causas son sumarias porque lo quiere la ley; y Maranta part. 4. dist. 9. n. 3. dice asimismo: *solum principem posse causas comittere sumariè.*

nificárnosla, demarcando los límites mas ó menos amplos conforme á la clase de sumariedad que les quieran prefinir, se han adoptado diferentes frases ó cláusulas, que todas substancialmente se reunen en la difinicion (3) del juicio sumario, donde se nos dice que es aquel en que se procede, *sumariè, simpliciter, de plano, sine strepitu, nec figura judicii, attenta tantum veritate.*

120 La Clementina sæpè de verb. significatione, que copio (1) al márgen, por ser el texto que mas de propósito se ha tomado á su cargo la exposicion de estas cláusulas, nos apunta su importancia quando estan unidas; pero como á veces las hallamos separadas en muchas leyes, conviene ó mas bien es preciso que, en quanto lo permita su materia ambigua y opinable, conozcamos el

(3) Número 17.

(1) La Clementina sæpè de verb. signif. dice á la letra. Sæpè contingit, quod causas committimus et in earum aliquibus, simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii procedi mandamus, de quorum significatione verborum à multis contenditur et qualiter procedi debeat dubitatur. Nos autem dubitationem hujusmodi (quantum nobis est possibile) decidere cupientes, hac in perpetuum valitura constitutione sancimus, ut judex, cui taliter causam committimus necessario libelum non exigat, litis contextationem non postulet, in tempore etiam feriarum ob necessitates omnium indultarum à jure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorem, et procuratorum contentiones. Jurgia, testiumque superfluam multitudinem re-

valor ó significado peculiar y privativo de cada una, porque de otro modo, en este último caso de hallarlas separadas, nos veríamos muy entorpecidos para atinar con la clase de sumariedad que correspondiese al negocio de que se tratase.

121 *Sumariè, simpliciter.* Estas dos palabras,

frenando. Non sic tamen judex litem abbreviet quin probationes necessarie et defensiones legitime admittantur. Citationem vero ac præstationem juramenti de calumnia vel malitia, sive de veritate dicenda, ne veritas occultetur per commissionem hujusmodi intelligimus non excludi. Verum quia juxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet, pro parte agentis et etiam rei, si quid petere voluerit est in ipso litis exordio petitio facienda, sive scriptis, sive verbo: actis tamen continuo (ut super quibus positiones, et articuli formari debeant, possit haberi plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior) inferenda. Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium, propter partium confessiones et articulos ad clariorem probationem usus longevus in causis admisit. Nos usum hujusmodi observari volentes, statuimus ut judex sic deputatus à nobis (nisi alius de partium voluntate procedat) ad dandum simul utrosque terminum dare possit, et ad exhibendum omnia acta, et munimenta, quibus partes uti volunt in causa post dationem articulorum diem certum, quandocumque sibi videbitur valeat assignare: eo salvo quod ubi remissionem fieri contingerit, pro testibus producendis possint etiam instrumenta produci, assignatione hujusmodi non obstante. Interrogabit etiam partes sive ad earum instautiam, sive ex officio ubicumque hoc æquitas suadebit. Sententiam vero difinitivam (citatis ad id licet non peremptorie partibus) in scriptis et (prout magis sibi placuerit) stans

summariè, *simpliciter*, son (1) idénticas en la significacion, importando ó denotándose lo mismo por la una que por la otra. Su valor, ó su virtud solo se extiende (2) á la restriccion de términos, de manera, que quando se manda por la ley en qualquier asunto, que se proceda *sumariè* se podrán (3) señalar dilaciones mas breves que las ordinarias; pero en quanto á las demas solemnidades es opinion muy recibida, que todas se deberán observar como en el juicio ordinario. Esta opinion que por Escacia *de judiciis* se estima (4) por la mas conforme, no dexa de presentar sus dudas, si se conforma con algunas (5) leyes, que por la palabra

vel sedens proferat: etiam (si ei videbitur) conclusione non facta prout ex petitione et probatione, et aliis actitatis in causa fuerit faciendum. Quæ omnia etiam in illis casibus, in quibus per aliam constitutionem nostram, vel alias procedi potest simpliciter, et de plano, ac sine strepitu et figura judicii volumus observari. Si tamen in præmissis casibus solemnis ordo judiciarius in toto vel in parte non contradicentibus partibus observetur, non erit processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus. Data Avenion. 13. Calen. Decembr. Pontificatus nostri ann. 2.

(1) Marta *de clausulis* part. 1. clausul. 160. núm. 6. Escacia *de judiciis* núm. 1. cap. 53. núm. 14.

(2) Escacia *ibid.* Gregorio Lopez núm. 1. de su glos. á la ley 32. tit. 1. part. 6.

(3) Escacia *ibid.* vers. *Contrariam.*

(4) Escacia eodem núm. et. versiculo.

(5) La Ley 5. ff. §. 8. *de agnosc. et alend. liberis*, dispone que en los alimentos provisionales que piden los hijos á los padres durante la causa principal de filia-

sumatim, ó *sumariè* entienden inqüestionalmente (6) mayor remision de solemnidades que esta restriccion de términos ó dilaciones.

122 *De plano.* Plano entiende Bartulo (1) y con él otros autores, que importa lo mismo que opuesto á lo alto, ya por razon del lugar ó asiento preeminente, y ya por otras formalidades. Por consequencia de esto entienden (2) tambien, que por esta cláusula, *procédase* de plano, si la causa fuere de corta entidad, se remite el libelo la conclusion y las demas solemnidades del juicio; pero que sino lo fuere, solamente se dispensan por ella las solemnidades de tiempo y lugar, pudiendo restringirselas dilaciones, señalándolas menores que las comunes, proceder en dias feriados *inutilitatem hominum*, y sentenciar, no precisamente *sedendo pro tribunali*, *vel in sede*, *vel in loco alto*, *et eminenti*, sino de pies, paseando, sentado, ó de otro qualquier modo, y en qualquier lugar.

cion se proceda sumariè, y nuestra ley 7. tit. 19. part. 4. tratando de lo mismo tambien los acuerda sumarios mediante la palabra *llanamente*, equivalente á la de *sumariè* como lo sienta Gregor. Lopez al núm. 1. de su glos. pero esta sumariedad la extiende la misma ley 7. á mucho mas que á la restriccion de términos, como se ve al núm. 134. de estos Repasos.

(6) Número 134. 143. en su cita 1. y en este núm. 121. cita 5.

(1) Bartulo in extravag. á el *reprimendam*, verbo *de plano.*

(2) Escacia *de judiciis*, lib. 1. cap. 53. núm. 15. con otros autores. Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 497. dice que es nula la sentencia pronunciada no estando el Juez

123 *Sine strepitu.* En los juicios ordinarios no podia (1) el Juez oir á las partes en secreto sin incurrir en la nota de sospechoso: para evitarla debia hacerlo en público á presencia de las partes, Abogados, y Procuradores, manifestando cada uno su derecho. Esta alteracion era lo que se entendia (2) por estrépito, y es lo que se dispensa por esta cláusula, que tambien parece que podrá ser (3) extensiva á que por ella se remita la necesidad de conceder dilaciones para buscar Abogados para el dia de la vista.

124 *Nec figura judicii.* Aquel resultado que nace ó dimana de la metódica reunion de las partes de que se compone alguna cosa es (1) lo que se llama su forma ó su figura. El rostro humano se forma de varias partes: si le faltase la frente, por

sentado *pro tribunali*, ó estando en lugar indecente como taberna. Gregorio Lopez en su glos. 2. á la ley 32. tit. 1. de la part. 6. por la palabra *de plano* parece que entiende la restriccion de términos, *ibi abbreviabuntur ergo dilationes, et dabitur libellus in modum poste.* Y en el núm. 8. de la glosa á la ley 12. tit. 22. part. 3. es de parecer de que *consensu partium valet sententia in lupanari lata*; sobre lo qual, y sobre la necesidad, ó incongruencia de esta solemnidad, ya he hablado en el núm. 90. de estos Repasos.

(1) Escacia *de judiciis*, lib. 1. cap. 53. núm. 16.
(2) Escacia *ibid.*
(3) La ley 1. tit. 6. lib. 3. Ordin., y la 28. tit. 16. lib. 2. Recop. y Perez y Acevedo tratan de estas dilaciones.

(1) Maranta *de ord. judic.* part. 2. cap únic. núm. 26. al 28. y part. 4. distinc. 9. núm. 11. vers. 1.

exemplo, ó la tuviese debaxo de la boca, desde luego diriamos que no tenia ni forma ni figura de rostro. El libelo, citacion, conclusion, y demas solemnidades que quedan (2) referidas, son las partes de que se compone el juicio ordinario; y si estas ó alguna de ellas le faltasen, como el libelo por exemplo, ó si estuviesen colocadas inmetódicamente, como si se pronunciase la sentencia antes de escribirse, tambien diriamos por la misma razon que aquella discusion no tenia forma ni figura de tal juicio.

125 Pues esta forma ó figura, á cuya constitucion concurren todas las solemnidades de que el juicio se compone, con su colocacion metódica, es (1) lo que se remite por la cláusula *nec figura judicii*; de manera que por sí sola importa, no solamente tanto como todas las anteriores, *sumariè*, *simpliciter*, *de plano*, *et sine strepitu*, sino tambien mucho mas, remitiéndose por ella indistinta y generalmente todas las solemnidades del derecho positivo; sin otra reserva que las del natural, de gentes, y divino, que como que son ordenadas á la natural defensa, no se pueden ▲(2) alzar ni quitar por el civíl.

126 *Attenta veritate.* Esta cláusula, *attenta*

(2) Número 54. y 64. y siguientes.
(1) Escacia *de judiciis*, lib. 1. cap. 53. núm. 20. y n. 17. al 24. Maranta *de ord. judic.* part. 4. distint. 9. n. 11. y part. 2. núm. 26. al 28.
▲(2) Número 65. en su cita 2. y en el 91. en la 4. y 5.

veritate importa ó vale (1) tanto como todas las otras *sumariè*, *simpliciter*, *de plano*, *sine strepitu*, *nec figura judicii*, alzándose ó remitiéndose por ella, asi como se ha sentado de las otras ó de sola la última; *nec figura judicii*, todas las solemnidades de derecho positivo; y aun segun varias opiniones importa y B(2) vale mucho mas, pudiendo sentenciarse por ella sin conformidad con el libelo, ó por testigos inhábiles, reprobados, ó que no concluyan ni den razon de sus dichos, y finalmente por pruebas menores que las concluyentes.

127 Pero contra estas opiniones, en esta última parte de las pruebas estan obrando mas poderosamente los fundamentos de la contraria, por provenir (1) estas de derecho natural y divino inalterables por el positivo, y ser lo mismo no probar que (2) probar menos, ó que probar contra la forma demarcada por ellos. Y la sentencia no conforme con el libelo, que es el otro extremo de aquellas opiniones, asimismo es (3) opuesta al mismo derecho natural, privando al reo de su justa defensa, la qual le sería impracticable sentenciándose

(1) Bobadilla lib. 1. Polit. cap. 21. núm. 134. y siguientes. Escacia *loco citato* núm. 38. Maranta *ibid.* núm. 32. al. 39.

B(2) Avendaño tratado de respuestas, respuesta 1. n. 10. Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 472. Escacia y Maranta *ibid.*

(1) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 97. al 100. Curia lib. 2. cap. 15. núm. 40. y 42. y. n. 77. de estos Repasos.

(2) Acevedo *ibid.* núm. 10. y Curia *ibid.* núm. 42.

(3) Acevedo *ibid.*

puntos fuera del libelo, sobre los quales, no habiéndosele reconvenido, es evidente que ni aun pudo pensar en responder, excepcionar, probar, ni sincerarse; y por conseqüencia que en este caso se le condenaria indefenso.

128 Tambien usan las leyes (1) y sus expositores de algunas otras cláusulas sumarias; como *levato velo*, *manu regia*, llanamente, sin escátima y sin alongamiento, en cuya amplificacion no me detengo, por coincidir ó importar substancialmente (2) lo mismo que las que vienen referidas por todo este capítulo; y aun nuestra práctica forense tambien tiene adoptadas las frases, ó cláusulas = sin causar instancia = administrando justicia = por via de justificacion = y para mejor proveer = que denotan su cierta especie de sumariedad de que he de tratar (3) en el capítulo siguiente.

(1) Escacia *de judiciis* lib. 1. cap. 53. núm. 41. y 42. ley 7. tit. 22. part. 3. ley 7. tit. 16. part. 4. y ley 32. tit. 1. part. 6.

(2) Escacia *ibid.* Marta *de clausulis*, clausula 160. núm. 6. y Gregorio Lopez en su glosas á las leyes que acabo de citar de las partidas refieren la significacion de estas cláusulas.

(3) Número 169. al 176.

ÍNDICE.

Las de corta entidad son asimismo sumarias, y convendria que fuesen mas breves, n. 159.
Sumarias son aquellas en que se procede por apremio, como en los casos que apunta el n. 160.
Los artículos sobre excepciones dilatorias tambien son sumarios, pudiéndose probar y decidir dentro de los nueve dias señalados por la ley, n. 161. al 163.
Sumarias son las causas sobre reposicion de autos interlocutorios, reforma de atentados, eleccion de oficios, exhibicion de documentos, y demas que se refieren á los números 164. y 165.
Las de injusticia y nulidad notoria, y las de alzamiento de fuerzas con todas las demas que se funden en la suprema potestad tuitiva, son sumarias, instructivas y extrajudiciales, n. 166.
Las de concesion de privilegios de hidalguía, dispensas de calidades, ú otras tales gracias apoyadas en la potestad gubernativa y económica, y las del artículo sobre su curso durante el pleyto ordinario de retencion, tambien son sumarias, n. 167.
Sin causar instancia, quál es la significacion sumaria de esta cláusula, n. 169.
Quál la de la otra, administrando justicia, n. 170.
Quál la de la otra, por via de justificacion, n. 171.
Y quál la de esta otra, para mejor proveer, n. 172. al 176.
Conclusion por lo comun cierra la puerta á la admision de nuevas pruebas, salvo en los casos que se citan en el n. 174. y 175.
Fuera de estos casos, ni á instancia de parte, ni por el Juez de oficio se pueden recibir nuevas probanzas, n. 176.

Juicios sumarios.

129 Toda causa se presume y es (1) ordinaria, mientras que por ley, estatuto, rescripto, ú otros tales medios no se la exceptúe de esta regla. *Atendida la verdad, ó segun la verdad probada*, es la cláusula mas (2) poderosa al efecto; mas con todo la de nuestra ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion, de que he tratado (3) largamente en los capítulos anteriores, no las hace sumarias, porque como alli he sentado (4) con su glosador Don Alfonso Acevedo, *competentes dilationes dandæ sunt.* Tambien se deben dar competentes (5) en las sumarias, porque de otro modo se estorbaria la defensa; pero está la diferencia entre ellas y las sumarias, en que en estas últimas, concedida que sea dilacion, no se puede prorogar sin causa (6), si en las otras la prorogacion, hasta el término legal de los ochenta ó ciento y veinte dias de la ley, es de derecho, sin mas que con pedirse.

130 Consiste la esencia de las ordinarias (1)

(1) Número 39.
(2) Número 126. y 127. de estos Repasos.
(3) Número 55. 56. 101. 103. y otros.
(4) Número 102. y 103.
(5) Curia lib. 2. cap. 15. núm. 40.
(6) Curia part. 1. §. 16. núm. 35. Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 383.
(1) Escacia *de judiciis*, cap. 53. núm. 11. y en estos Repasos en la cita 2. del núm. 54.

en que se substancien con las solemnidades regulares de derecho: luego las nuestras no son tales, porque esta observancia la pone la ley (2) en arbitrio de las partes, *ibi*, si la parte pidiere: tampoco son sumarias propiamente, porque estas se constituyen (3) por aquella inobservancia, la qual en las nuestras depende de aquel mismo arbitrio; y de aqui resulta por una conseqüencia necesaria y patente, que propia y rigurosamente ni son ordinarias ni sumarias, sino calificadas ó mixtas de ambas especies, y que ni las podemos regir por las reglas limitadamente de las ordinarias, ni por las de las sumarias, sino por las de esta tercera especie mixta que forma (4) nuestra ley.

131 Esta ley se explica con generalidad, y por esto parece que todas indistintamente deberán ser mixtas en el sentido que acabo de insinuar; pero por lo mismo que habla ó que se produce de esta

(2) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. que queda referida al núm. 56.

(3) Escacia *ibid.* y en el núm. 17. de estos Repasos.

(4) Las dilaciones en las causas sumarias son distintas de las ordinarias, como queda apuntado en este n. 130. y 129. En las causas sumarias no se pide publicacion de probanzas como en las ordinarias, segun lo refiere el señor Elizondo en el tom. 2. de su Práctica forense fol. 419. núm. 2. Las sentencias en las causas no causan regularmente excepcion de cosa juzgada para otro juicio como las ordinarias, segun lo insinúo en la cita 1. del núm. 37. y 133. En las sumarias no se necesita la contestacion de que trato en el núm. 69. como lo enseña Paz en su part. 1. tiemp. 6. núm. 7. En las sumarias se admiten pruebas despues de la conclu-

manera, no se extiende (1) á aquellas que tienen su forma peculiar por leyes específicas, como las executivas, las de corta entidad, las de peregrinos, y otras tales, (2) cuya substanciacion debe ser puramente sumaria, sin que la observancia de las solemnidades judiciales quede en ellas al arbitrio de qualquiera de las partes, asi como lo está por nuestra (3) ley en las que son ordinarias.

132 La sumariedad se puede considerar de dos maneras, ó bien en quanto á la forma, no requiriendo en sus juicios las solemnidades de derecho positivo, ó bien en quanto á las pruebas, bastando menores que las concluyentes. Las de corta entidad ó reparable perjuicio todas son (1) sumarias de

sion, contra lo que expongo, con respeto á nuestras causas, desde el núm. 323. al 334. Y á este tenor se encuentran entre unas y otras muchas diferencias, conviniendo por esto que se tenga muy presente esta tercer especie de causas ó juicios mixtos que forma nuestra ley 10. tit. 17. lib. 4. sin que por ella ni por su cláusula segun la verdad probada convengamos en que se hacen sumarios todos nuestros juicios, como lo sienten algunos, segun lo acabo de insinuar en el núm. 129. cita 4.

(1) Acevedo núm. 86 de su glosa á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. Gutierrez *canonicarum quæstionum* tom 3. *in repetitione autentice*, *Sacramenta puberum* núm. 125. núm. 76.

(2) Otras tales que refiero por sumarias en los números 40. 41. 145. y siguientes de estos Repasos.

(3) La misma ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion lo dispone asi en la parte que refiero al fin del núm. 55. de estos Repasos.

(1) Acevedo á la ley 13. tit. 13. lib. 4. Rec. n. 71. al 76.

ambos modos; pero aquellas en que medie ó pueda resultar interes ó perjuicio grave, por mas que por las leyes se establezcan sumarias, solo se entienden tales (2) del primer modo ó en quanto á la forma, pero no en quanto á la prueba, la qual, fuera de los casos (3) exceptuados, siempre deberá ser (4) cabal, como en las de (5) dote por exemplo ó semejantes, donde inviolablemente se requiere completa, no obstante su sumaria calidad.

133 Aun estas mismas causas no son todas igualmente sumarias en la forma, como las de (1)

(2) Acevedo *loco citato*, y á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. núm. 101. Bobadilla lib. 2. cap. 20. núm. 33. de su Politica. Elizondo tom. 5. fol. 98. núm. 4.

(3) Bobadilla *ibid.* y lib. 3. cap. 14. núm. 32. y en estos Repasos al 151. 134. y otros.

(4) Bobadilla y Acevedo *locis citatis*.

(5) Acevedo á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 101. Castillo lib. 2. cap. 4. núm. 12.

(1) Las causas de alimentos provisionales requieren celeridad como se insinúa en la ley 7. tit. 19. part. 4. y en la 7. tit. 22. part. 3. Con la importante mira de que el demandante no muera de hambre, ó sufra otros daños durante las dilaciones ordinarias en la causa principal de filiacion, y sus sentencias se tienen por interlocutorias, pudiéndose reformar en la difinitiva; pero las dotales pueden ser irretractables, requiriendo por esto mayor solemnidad, aun en la forma; y quando tanto estas sentencias, quanto las de las demas de causas sumarias podrán ser tales y causar excepcion de cosa juzgada para otro juicio, requiriendo por esto de mayor cuidado, lo explica Castillo en el lib. 5. cap. 104. núm. 27. al 42.

alimentos provisionales comparadas con las dotales; porque requiriéndose en unas mayor celeridad que en otras, solo sufren ó les bastan menores solemnidades. Si observasen nuestras leyes en todo rigor la significacion propia de las referidas (2) voces ó cláusulas, *sumariè*, *simpliciter*, *de plano*, *sine strepitu*, *nec figura judicii*, *attenta tantum veritate*, nos sería mas fácil conocer y fixar esta desigualdad en qualquier pleyto, ó en la ocurrencia de qualquier caso; pero á veces la desatienden, y á veces les está contraria la práctica, como lo voy á demostrar.

134 Trata la ley 7. tit. 22. part. 3. de los alimentos provisionales pedidos por los hijos, y de otros tales puntos, en que no se duda que su substanciacion no solo es sumaria quanto á la forma con remision absoluta de todas las solemnidades de derecho positivo, sí tambien quanto á la prueba, bastando (1) qualesquier indicios; pues esto no obstante toda su sumariedad, la acuerda esta ley con sola la cláusula llanamente, equivalente (2) á la de sumaria: ibi »pero pleytos y ha que el Juzgador non ha porque facer gran escodriñamiento, si »non oirlos é librarlos llanamente». Vé pues aqui, como nuestra ley se desentiende en esta ocasion

(2) Número 121 y siguientes de estos Repasos hasta el 128.

(1) La ley 7. tit. 19. de la part. 4. lo sienta asi, *ibid*: en fallase por algunas señales que es su fijo, debe mandar al otro que lo crie ó lo provea.

(2) Gregorio Lopez glos. 1. á la dicha ley 7. tit. 19. p. 4.

del riguroso significado de estas cláusulas, disponiendo por la menor ó de menos importancia, qual es la (3) de llana ó sumariamente, lo que no haria ni aun la mayor que es (4) *attenta veritate*.

135 Aun en las recopiladas se advierte no pararse á veces en la propiedad de tal significacion. Con esta misma cláusula *attenta veritate*, tomada en su natural y propio sentido, acuerdan en unas ocasiones las sumariedades mas señaladas, quales son (1) por exemplo las de comercio ú otras tales; pero al mismo tiempo se las ve desentenderse en otras de esta propiedad. La 6. tit. 1. lib. 4. tratando de los Jueces ante quienes deben demandar los eclesiásticos las reales mercedes, les encarga que hagan cumplimiento de justicia: »Sabida »solamente la verdad, lo mas breve que ser pue»da, conociendo de todo ello simplemente, y de »plano, sin estrépito, y figura de juicio.» La 10. tit. 7. lib. 9. hablando de este mismo punto, se produce de la misma manera; y lo mismo se advierte acerca de otros en otras (2) diferentes, no pudiendo entenderse en ellas aquella cláusula *attenta veritate* en su rigurosa significacion, sin que incurran las leyes en nota de redundancia y superflui-

(3) Número 121. y siguientes.

(4) Gregorio Lopez glos. 2. á la ley 5. tit. 26. part. 3. Bobadilla lib. 2. cap. 21. de su Polit. núm. 134. y en estos Repasos al núm. 126. y siguientes.

(1) Ley 41. tit. 18. lib. 6. y ley 1. §. 2. tit. 13. lib. 3. Recop.

(2) Ley 3. tit. 18. lib. 8. y ley 58. tit. 5. lib. 2. Recop.

dad, contra máximas (3) constantes de derecho; porque si con ella, entendida ó tomada en todo rigor, se remiten todas las solemnidades (4) de derecho positivo, ¿á qué pueden conducir las restantes, que nada adelantan ni aun dicen tanto como ella? de manera que ni aun por via de aclaracion ó de mayor expresion es dable que obren en los casos de estas leyes en su propio y riguroso sentido: luego no estando constante y uniformemente nuestras leyes por el natural y riguroso significado de aquellas cláusulas, como con evidencia se deduce de lo expuesto, resulta de aqui por forzosa ilacion, que para fixarnos en la mayor ó menor sumariedad de los negocios ó pleytos, debemos atenderlas sí, pero con temperamento á algun principio constante.

136 Este principio que nos sirva de norte, entiendo yo que es el estilo y práctica de los Juzgados. Ya llevo sentado, (1) como á virtud de la ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion se tendrá por bastante demanda qualquier simple peticion de palabra *redacta in actis per Notarium*; pero que este método no le adopta la práctica de los Juzgados, que no solo la requiere por escrito, sí tambien que la formalice la firma de Letrado. Aun mas positiva que esta ley sobre este punto nos hallamos con la 5. tit. 7. lib. 9. que hablando con los

(3) Escacia *de judiciis* lib. 1. cap. 53. núm. 19. Acevedo á la ley 3. tit. 4. lib. 5. Recop. núm. 15. y 16.

(4) Número 126.

(1) Número 64. de estos Repasos.

Jueces sobre la substanciacion de los negocios de alcavalas y mas rentas Reales, les manda con la mas positiva y clara expresion „que no reciban la „demanda del actor, ni las excepciones del de„mandado por escrito, aunque qualquiera de ellos „trayga escrito de ello, salvo que el Escribano „asiente en su registro cada acto de todo el pleyto, „como si ante él fuese fecho de palabra.„

137 Mas, sin embargo de toda la claridad de esta ley, y su terminante mandato, no le observa la práctica; porque como nos indica (1) su glosador, ¡qué tropel de injustas irregularidades no resultarian, si la insinuacion de estos primeros pasos, que son como la clave de todo el derecho de las partes y del órden judicial, quedase expuesta á los escasos conocimientos de un Escribano! Seguramente que se amontonarian la confusion, las qüestiones y las dudas, haciendo impenetrables é inmortales los litigios, con lastimosa multiplicacion de las mismas dilaciones y males que tiraban á evitar la leyes.

138 Vé pues aqui un doble motivo en esta misma inobservancia práctica de algunas leyes, ademas de la errante (1) significacion de las referidas cláusulas, y de otros motivos que se podrian añadir, atendida la angustia de dilaciones ó términos de algunos (2) textos, la incertidumbre de las so-

(1) Acevedo á la ley 5. tit. 7. lib. 9. Recop. núm. 3.

(1) De la errante significacion apuntada al núm. 133. de estos Repasos.

(2) La ordenanza de presas de 1. de Febrero de 76 previene, como lo advierte el señor Elizondo tom. 2

lemnidades (3) que pertenecen al órden ó á la substancia de los juicios ú de otras tales razones, para no apartar jamas la vista del estilo judicial, á que, como viene (4) apuntado, deberémos atender, particularmente en materia de solemnidades del juicio, confrontándole con aquellas mismas cláusulas, y con las demas noticias teóricas, sin cuyo auxîlio serian estas, sino del todo estériles, á lo menos muy aventuradas, segun reiteradamente nos lo significan nuestras (5) leyes, y asi se reconoce por concorde dictámen de todos (6) los sabios, prodi-

fol. 219. que sus causas se libren en el término de veinte y quatro horas: las causas de residencias estan acordadas con tan limitados términos como apunta Bobadilla en el lib. 5. cap. 2. núm. 33. y 34. de su Política. Los Breves Pontificios sobre Subsidio y Excusado con los de eleccion de Casa dezmera de que trata el señor Elizondo en el tom. 2. fol. 477. y siguientes se explican tambien con bastante laconismo sobre el órden judicial que les ha acomodado la práctica de los Juzgados; de manera que á no ser por ella, nos veriamos muy embarazados, por solas las noticias teóricas en el giro de todos estos ú otros tales negocios, deseando conciliar la brevedad apetecida por las leyes, con las dilaciones que exîge el natural derecho de defensa.

(3) Número 97.

(4) Número 99. y 136.

(5) Ley 3. tit. 4. part. 3. y ley 8. tit. 22. part. 2. *ibi*: „Uso, é arte son dos cosas que facen al ome ser sabidor de lo que quiere facer.„

(6) Matienzo en sus Diálogos, part. 3. cap. 9. por todo. Bobadilla lib. 1. cap. 6. núm. 28. al 31.

P 2

gando elogios á los hombres de conocimientos prácticos.

139 Con estos antecedentes ó preliminares necesarios en esta materia, pasaré á insinuar los asuntos ó causas sumarias: tales son (1) por exemplo las executivas y las de momentánea posesion. En el exámen de las dudas y solemnidades de estos dos juicios emplean los autores tratados y libros voluminosos; de manera que si por aquel método ó por otro equivalente, aunque fuese mucho mas conciso, se hubiese de tratar de cada uno de los otros asuntos sumarios, me haria difusísimo, contra mi pricipal objeto, de ofrecerlos á los jóvenes en una indicacion; porque estando tocados en la mayor parte por nuestras leyes y sus glosadores nada mas que obviamente, entre multitud de otras especies incoherentes, no se los presentan con bastante reunion de principios y casos para su inteligencia; la qual entiendo por tan absolutamente necesaria al buen giro de los negocios, que me ha parecido precisa su insinuacion, aunque solo sea general, para que indicada asi su calidad, con remision ó bien á las leyes que la establecen, ó bien á los autores ó comentaristas que la explican, les sea mas fácil su nocion radical, con la de sus amplificaciones y restituciones, en la ocurrencia de qualquier caso.

140 Al ingreso (1) á este capítulo llevo manifestado que todo juicio es ordinario mientras que por ley, estatuto ú otro medio equivalente no se

(1) Número 154. y 158.
(1) Número 129.

le exceptúe, pareciendo por esto que, fuera de los casos de esta limitacion, siempre y en todo asunto se deberá empezar el pleyto por demanda, prosiguiéndole por la citacion, contestacion, y demas solemnidades; pero no es asi perpetuamente, habiendo algunos que se preparan por seqüestro, informacion de testigos, ó declaraciones de partes, prévio otro juicio ó conocimiento sumario en que se evacuen estas diligencias.

141 Si para formalizar y proseguir con certeza y seguridad qualquiera demanda conduxese alguna declaracion del reo ó demandado, como si se le preguntase, si era heredero del deudor, ó tenedor de la cosa demandada, ú en otros tales casos que refiere la ley 1. tit. 10. part. 3. entonces aun antes de la demanda se podrá (1) incohar el pleyto por esta declaracion. Si se temiere que faltará la prueba por estar viejos, enfermos, ó ausentarse los testigos, tambien se podrá pedir (2) que se admitan á exámen aun antes de la demanda, prévia justificacion de estas ú otras tales causas; y si se sospechase (3) que durante el pleyto gastará el reo los bienes ó hará fuga, de la misma manera se podrá mandar á instancia del actor que afiance ó se seqüestren.

142 En estos y en otros tales casos nada se altera la naturaleza del pleyto ó asunto principal,

(1) La misma ley 1. tit. 10. part. 3. Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 122. al 128.
(2) Febrero *ibid.* núm. 126.
(3) Febrero *ibid.* n. 129.

sobre que fueren pedidas la declaracion, prueba, fianza, ó seqüestro, porque si era ordinario, como por exemplo el de reivindicacion en los casos propuestos (1) contra el que confesase ser heredero del deudor ó tenedor de la cosa, ordinario continúa y como tal se substancia por todos los trámites del derecho; y por el contrario, si fuere sumario, como el de entrega ó restitucion (2) de dote, ó contra el sospechoso de fuga ó dilapidacion, sumario prosiguiera para que se substancie como tal.

143 Pero dentro de los puntos ó artículos preparatorios, mirados en sí mismos aunque como incidentes del asunto principal, desde luego nos podremos hallar con unos juicios sumarios, porque si por exemplo se contradixese por el reo ó demandado la fianza ó el seqüestro, diciendo pedirse de malicia por no haber temor de fuga, dilapidacion ni pérdida de bienes, en otros y en estos tales puntos la substanciacion sería (1) sumaria; porque no decidiéndose en ellos el asunto principal, sus sentencias se miran como interlocutorias, reparables y de corto perjuicio, ocurriendo ademas peligro en la retardacion ú otras tales razo-

(1) Propuestos en el núm. 141.
(2) Número 132. en su cita 5. y en el núm. 141. cita 3.
(1) Ley 3. §. ut in posses. legator. 1. *ibi: si per calumniam dicatur satis peti summatim cognoscere debet.* La 1. §. *de stipulat. Precor.* §. 9. ibi: *de ea re summatim cognoscere.* Febrero lib. 3. cap. 1. núm. 125. y en estos Repasos núm. 51.

nes, que, como queda (2) demostrado, son unas de las principales causas de la sumariedad.

144 La dilatacion tanto de estos, quanto de otros (1) muchos asuntos que por sus circunstancias requieren celeridad, sería un mal gravísimo que por nuestras leyes siempre y constantemente se ha tirado á precaver, mandando se decidan sin gran escodriñamiento; y con el mismo objeto de evitar dilaciones en todo pleyto de los que vinieren al Consejo, en quanto lo permita su calidad y el natural derecho de defensa, se le mandó (2) en el año 1480 por los Señores Reyes Católicos, que los pudiese despachar sumariamente, quando lo tuviese por conveniente á beneficio del Rey y de las partes. Con el mismo fin se mandó (3) posteriormente á los Alcaldes de Corte, Audiencias y Chancillerías, que los pleytos que breve y justamente se puedan despachar, sin formar procesos, los determinen de esta manera. Y ademas por estos mismos motivos tenemos establecidos en el Reyno otros diferentes Juzgados, cuyas causas todas indistintamente son sumarias.

145 Tales son (1) las de los Consulados de comercio, donde sin embargo de ventilarse negocios gravísimos por su entidad y quantiosos intereses, se estiman esto no obstante (2) por pruebas con-

(2) Número 39. 42. 118. y otros.
(1) Las leyes citadas al n. 39. 40. 41. 118. 145. y sig.
(2) Ley 22. tit. 4. lib. 2. Recop.
(3) Ley 5. tit. 8. lib. 2. Recop.
(1) Curia lib. 2. cap. 15. núm. 36. y siguientes.
(2) Curia lib. 2. cap. 15. núm. 42.

cluyentes la confesion extrajudicial, la deposicion de testigos inhábiles, y otras semejantes, desatendidas (3) comunmente por derecho; de manera que sus causas no solo son sumarias en la forma, sin observancia del libelo, contestacion y demas solemnidades, sí tambien en la prueba contra las reglas (4) generales que nos previenen de que, en quanto á éstas, no lo son aquellas en que pueda resultar de sus sentencias irreparable y grave perjuicio. Las (5) de los Juzgados de Marina, sobre talas, aumento ó conservacion de Montes son asimismo sumarias, sean suscitadas de oficio, ó por querella de parte, no obstante lo dispositivo de nuestras leyes (6) que, hablando en general de las causas criminales, solo prefinen su sumariedad quando se promueven de oficio. Las (7) de los Alcaldes entregadores de cañadas y mestas lo son igualmente sumarias, por el órden y trámites que les señala el cap. 21. de la ley 4. tit. 14. lib. 3. de la Recopilacion y sus posteriores instrucciones: las (8) de la Superintendencia general de policía de Madrid, conforme al Real Decreto de su creacion,

(3) Curia *ibid.* y part. 1. §. 17. núm. 6. 10. 42. y otros.
(4) Número 132.
(5) Elizondo tom. 3. fol. 174. núm. 64. y siguientes.
(6) Número 148.
(7) Ley 4. núm. 21. tit. 14. lib. 3 Recop. Elizondo tomo 1. fol. 196. apunta la jurisdiccion de estos Alcaldes remissive al quaderno de la Mesta donde se trata difusamente.
(8) Sanchez, idea de los Tribunales tom. 1. fol. 21. versículo *Igualmente*, y fol. 23. núm. 9.

y su siguiente observancia: las (9) de la comision de Vagos: las (10) de la Vicaría general castrense, sean civíles, criminales ó mixtas: las (11) del tribunal de la Comisaría general de Cruzada, por lo respectivo á las gracias de Subsidio y Excusado, cuyo cumplimiento, con el de la eleccion ó reclamacion de Casa dezmera se deberá hacer por el modo sumario que prefinen los Breves pontificios y sus expositores: las (12) de la Inquisicion de Corte, por la particularidad de ocultarse á los reos, aunque por gravísimas causas, los nombres de los testigos.

146 Y finalmente lo son las de (1) otros Juzgados de dentro y fuera de la Corte, cuyas causas, asi como las que vienen (2) referidas, todas son sumarias; sin que en su especie de irregularidad ó sumariedad entienda por preciso detenerme mas, porque la sumariedad inherente al Juzgado se nos presenta tan al descubierto en toda ocasion, que siendo conocida de todos sus Curiales, Procuradores y mas Agentes, no es fácil nos equivoque, ni que erremos en ella prácticamente; quando por el contrario la inherente á la causa corre ó se ofrece

(9) Elizondo tomo 4. fol. 394. núm. 15. Sanchez *loco citato* fol. 26. núm. 4.
(10) Sanchez *ibid.* fol. 109. núm. 2.
(11) Elizondo tomo 2. fol. 419. núm. 2. y fol. 427. núm. 2. al fin.
(12) Sanchez *ibid.* tom. 1. fol. 117. núm. 7. 8. y otros.
(1) Sanchez *ibid.* fol. 223. cap. 16. Elizondo tom. 3. fol. 183. núm. 88. y otros.
(2) Número 139. y siguientes.

por lo comun tan embozada ú oculta (3), que para advertirla se requiere de bastante instruccion en esta materia; y su inadvertencia nos precipitaria en los males que resultan quando se cambia el giro á los pleytos, entablando como executivos ó sumarios los que son ordinarios, ó al contrario, instaurando como ordinarios los que son executivos ó sumarios. Estos males se precaven en gran parte mediante la nuda indicacion de los casos sumarios que llevo prometida (4), y voy á realizar en lo restante de este capítulo.

147 Unos de estos asuntos ó causas sumarias son (1) las eclesiásticas sobre elecciones á Prebendas, Canonicatos, ú otros Beneficios eclesiásticos, tratándose de su colacion ó título; pero si se disputaren las facultades de elegir ú otros tales derechos, entonces son ordinarios. Las (2) decimales, á no constar de su adeudo por instrumento público, en cuyo caso son executivas: las (3) Matrimoniales: las (4) de inmunidad: las (5) de supresion de Beneficios: las (6) de indotacion de Curatos con motivo de las gracias del Subsidio y Excusado: las (7) de visitas eclesiásticas: las (8) que ocurren de Clérigos en Juzgados seculares: las (9) de conmutacion de voluntades pias: y las (10) de dispensa de proclamas; con las de otros casos y cosas que refieren los textos y autores; de manera que observándose (11) en el fuero eclesiástico la misma forma de substanciacion que en los Juzgados Reales, salvo en ciertos casos donde se encuentra determinacion contraria, tambien se numeran entre las sumarias las causas eclesiásticas sobre cosecha de frutos, las de corta entidad, las de despojo, las de momentánea posesion, las de reparo de iglesias ó edificios ruinosos, y las caucionales, con todas las demas que refiero como tales por todo el resto de este capítulo.

148 Otras de las causas sumarias son (1) las criminales suscitadas de oficio. De dos maneras se

(3) Viene embozada por los motivos que apunto al número 139.

(4) Número 139.

(1) Clementina *dispendiosam de judiciis*. Maranta *de ord. judicior*. part. 4. dist. 9. núm. 42. Elizondo tom. 3. fol. 264. núm. 59.

(2) Curia part. 2. §. 4. núm. 6. Maranta *ibid*. núm. 58. Febrero lib. 3. cap. 2. n. 55.

(3) Clementina *dispendiosam de judiciis*. Maranta *ibid*. núm. 56. Mascardo *de probation*. conclusione 118. n. 37.

(4) Elizondo tom. 3. fol. 324. núm. 17. y tom. 4. fol. 365. núm. 72.

(5) Elizondo tom. 3. fol. 401. núm. 1. 17. y otros desde dicho fol. al 409.

(6) Elizondo tom. 2. fol. 449. núm. 8. versic. Queriendo S. M.

(7) Elizondo tom. 4. fol. 431. núm. 20. al 22. y tom. 3. fol 338. núm. 34.

(8) Matienzo in Diálogos part. 3. cap. 4. núm. 8.

(9) Elizondo tom. 4. fol. 111. núm. 11.

(10) Gutierrez tractatio *de Matrimonio* cap. 57. núm. 1. al 5.

(11) Paz in Práct. annotatione 5. núm. 36. y tom. 2. part. 1. cap. 6. §. 1. núm. 35. y 36. Curia part. 1. §. 8. núm. 14.

(1) Curia part. 3. §. 14. n. 2. Elizondo tom. 1. fol. 268. núm. 2.

pueden promover estas causas, ó á instancia de parte, ó en su defecto por el Juez de oficio. Suscitadas de la primera manera, su substanciacion es ordinaria (2) con las mismas solemnidades que las civíles, á diferencia de ser (3) mas cortos sus términos, al arbitrio del Juez, atendidas sus circunstancias; no obstante de que en esto, á beneficio de alguna importante brevedad, podria ser tolerable alguna alteracion, atendida la ley 2. tit. 10. lib. 4. de la Recop. que manda se observe por todo el Reyno el estilo de la Sala de los Señores Alcaldes de Corte, donde, ó bien sean de oficio, ó bien por querella de parte, se abrevian por el método que refieren (4) los escritores prácticos.

149 Pero aun fuera de aquellos Juzgados donde se observe este estilo (1) si se promovieren de la segunda manera, esto es, de oficio, su substanciacion será sumaria conforme á la ley 1. tit. 1. lib. 8. de la Recop. que con el objeto, ó para contener el atrevimiento de los que quieren mal vivir, para que sean castigados, y á su exemplo otros se refrenen de mal hacer, manda que en la averiguacion y castigo de los delitos se proceda de oficio y sumariamente *ibi*: »Oyga á la parte, y la dé »copia y traslado de la pesquisa, y sumariamente

(2) Curia *ibid.* núm. 3. Elizondo *ibid.*

(3) Paz tom. 1. part. 5. cap. 3. §. 7. núm. 2.

(4) Mateu *de re criminali*, controvers. 25. núm. 73. al 81. Herrera Práct. criminal, lib. 1. cap. 14. §. 2. n. 8. y cap. 1. §. 2. núm. 6. al 8.

(1) El estilo se debe observar como queda expuesto á los números 99. 136. y otros.

»proceda, porque los delitos no queden sin pena.» Cuyas palabras interpreta (2) la práctica recibiéndolas á prueba por un breve término, con todos cargos de publicacion, conclusion, y citacion para sentencia, haciéndolas asi brevísimas; no obstante haber algunas (3) cuya substanciacion es aun mas breve; y tambien hay otras (4) que aunque sumarias, la tienen peculiar por distintos trámites.

150 Aunque todas estas causas por una regla general solo son sumarias en la forma, debiendo ser por el contrario tan cabales y plenas sus pruebas, que para mejor intimarnos nuestras A(1) leyes, quan concluyentes las requieren, nos las proponen con reiterados hipérboles, sobre que deben ser mas claras que la luz; esto no obstante ocurren delitos donde son bastantes otras menores.

151 Tales son B(1) los de lesa Magestad divina, ó humana, conspiracion, sodomía, adulte-

(2) Curia parte 3. §. 14. n. 2. Elizondo tom. 1. fol. 268. n. 2. Alvarez Posadilla fol. 11. part. 1. de su Práct. recopila los delitos en que puede el Juez proceder de oficio.

(3) La de los delitos notorios, los de lesa Magestad, y los demas en cuya dilacion corre grave peligro público, como lo enuncia Burgio por toda su obra *de processu ex abrruptu.* Elizondo tom. 6. fol. 118. n. 33.

(4) Como los de leva por exemplo, ausentes, residencias, y otros que apunta el señor Elizondo tom. 3. fol. 133. n. 86. tom. 4. fol. 394. n. 15. Paz tom. 1. part. 5. cap. 4. y part. 8. y otros autores.

A(1) Ley 26. tit. 1. part. 7. y ley 12. tit. 14. part. 3.

B(1) Gomez lib. 3. Variar. cap. 12. n. 14. dice substancialmente, *quod in crimine Læssæ Majestatis et quocum-*

rio, asesinato, alevosía, falsedad, cohechos, baraterías, ó negaciones de los Jueces, con otros que mencionan las leyes y autores; y generalmente bastan las de indicios ú otras tales, teniéndose por concluyentes en su especie, en todos aquellos casos ó delitos que por cometidos de noche, en el campo, dentro de casa, ó en otros tales lugares ocultos ó despoblados, ó por otros equivalentes motivos, se tienen por asuntos, ó casos de dificultosa prueba.

152 Otras de las que se numeran entre las sumarias son (1) las posesorias, dando á este fin por

que alio gravissimo delicto admittuntur testes inhabiles et minus idonei: y al 16. dice asimismo, *quod in aliquibus casibus socius criminis potest esse testis, veluti in crimine, heris; ut in crimine læssæ Majestatis, item in crimine nefando; item in furto famoso; item in aliis casibus; item generaliter in delictis et casibus qui verisimiliter non possunt comitti sine sociis.* El señor Elizondo tom. 1. fol. 269. y en el tom. 5. fol. 267. n. 5. 8. y 9. y en otros lugares de su obra concuerda en que los delitos de lesa Magestad divina ó humana, pecado nefando, falsa moneda, cohecho, ó barateria de los Jueces, adulterio, y otros de dificil prueba, se justifican por pruebas privilegiadas. Mateu *de re criminali* controversia 15. n. 25. controvers. 40. n. 41. y controvers. 61. n. 14. y en otras partes ó lugares, nos señala varios delitos para cuya prueba bastan las privilegiadas. Y el autor de la Curia parte 3. §. 5. n. 17. tambien refiere otros varios, sentando por regla general que en delitos y casos clandestinos y secretos que no se pueden probar por testigos hábiles se admiten los inhábiles.

(1) Maranta *de ordin. judic*. part. 4. dist. 9. n. 43. al 47.

presupuesto los autores de esta opinion, que qualquier perjuicio se podrá reparar en el juicio petitorio ó de propiedad; sobre lo qual, ademas de la legal y justa distincion que hace (2) Maranta de la diversidad de posesiones, ya momentánea, y ya perpetua, ó de grave ó leve perjuicio, tenemos muy al intento nuestra ley 28. tit. 2. part. 3. que tratando de sus utilidades se explica de esta manera: "pro muy grande nace (3) á los tenedores de las "cosas, quier las tengan con derecho ó non, ca ma-"guer los que se las demandasen dixesen que eran "suyas, si non lo pudiesen probar que les perte-"necia el señorío de ellas, siempre finca la tenen-"cia en aquellos que las tienen, maguer non mues-"tren ningun derecho que han para tenerlas."

153 Si todas las causas ó juicios posesorios se dirigieren á una tal posesion, que recargase la prueba del dominio en su colitigante, como se enuncia en esta ley, muy distantes de ser sumarias como acabo (1) de sentar, todas por el contrario serian ordinarias (2), aspirándose en ellas á una sentencia de graves ó irreparables perjuicios, aun en los juicios plenarios, petitorios, siendo á veces el dominio ó señorío de las cosas tan dificultoso de

(2) Maranta *ibid.*

(3) Con esta ley 28. concuerdan el §. *retinendæ* 4. lib. 4. tit. 15. instit. *de interdict.* Minsingerio n. 11. y 12. de sus Comentarios á este mismo texto refiere otras varias utilidades de la posesion; y mas largamente Poscio *de manutentionibus observatione* 1. por toda ella.

(1) Número 152. en su cita 1.

(2) Maranta *ibid* n. 43. versículo *quædam.*

probar como en ella se nos indica, y nos es notorio, particularmente en títulos antiguos, confusion de límites, ó en casos equivalentes de morosidad en formalizarlos, descuido en su custodia, ó semejantes.

154 Pero no todas terminan á tan importantes fines. En nuestro interdicto sumarísimo de ínterin solamente se aspira (1) á una posesion durante el pleyto, sin perjuicio del derecho de las partes en los juicios plenarios de posesion ó propiedad; y la posesion hereditaria, y la mision *in possessionem ex primo decreto* en la via de asentamiento, tampoco tienen (2) mas objeto que el de una posesion tan inconstante, que desaparece ó queda sin efecto á sola la vista de contradictor legítimo, siendo por esto sus causas sumarias; de la misma manera que lo son (3) por exemplo las posesorias sobre el recibimiento de los Concejos, y recogimiento de la Enriqueña en las causas de hidalguía, y generalmente lo son (4) en todos los asuntos, juicios, ó remedios posesorios, donde solo se trate de una temporal ó momentánea posesion.

155 Pero por el contrario, las que traten de la constante y perpetua, que releva de la prueba del dominio, todas son plenarias ú ordinarias, como en

(1) Número 47.
(2) Maranta *ibid.* vers. *nam quædam.* La ley 7. tit. 22. part. 3. Curia part. 2. §. 27. n. 12. Paz tom. 1. part. 2. capit. único.
(3) Elizondo tom. 3. fol. 219. n. 64. y fol. 198. n. 6. y tom. 5. fol. 100. n. 7.
(4) Maranta *ibid.* n. 43. al 47.

otra parte lo dexo (1) demostrado con varios exemplos, entre los quales son unos los de los interdictos *quorum bonorum*, y *uti possidetis*; resultando de aqui, que la medida que mejor nos podrá servir para graduar acertadamente por una regla general, si la substanciacion de estos remedios será ordinaria ó sumaria, la deberémos tomar principalmente del grave ó leve perjuicio que pueda resultar de sus sentencias, por la calidad momentánea ó perpetua de la posesion á que se dirijan.

156 No obstante de que esta sea una regla constante y de las mas fixas de la materia, con todo siempre deberémos caminar con grande atencion á las demas disposiciones legales coincidentes, prevenidos con el conocimiento de que toda regla general es (1) peligrosa en derecho á causa de sus muchas limitaciones, como se lleva visto (2) en la que establece las pruebas mas claras que la luz en las causas criminales; siendo esto mismo lo que tambien ocurre con la que acabo (3) de sentar para fixar la clase de substanciacion ordinaria ó sumaria que se deba dar á las causas posesorias; pues sin embargo de ser tales, y de las mas graves de las que ocurren ó se ventilan en los Juzgados ó tribunales, las de tenuta y restitucion de términos públicos, todas sin embargo son sumarias contra

(1) Número 47. y 48.
(1) Ley 202. ff. *de regul. juris*, y en la cita 2. del n. 157. de estos Repasos.
(2) Número 150. y 151.
(3) Número 155. al fin.

el tenor de esta regla, por voluntad de las leyes (4), que por otros motivos justos, y por el de su supremo arbitrio asi lo quisieron, señalándolas sus peculiares formas ó trámites.

157 Igual limitacion se advierte en el interdicto *unde vi*, cuya naturaleza en qualquier género de causas, sean profanas ó sean eclesiásticas, es (1) tan executiva por una regla general, que con sola la justificacion sumaria del despojo se deberá pasar á la reintegracion; pero falta la regla, probando incontinenti el despojador su anterior despojo; y á este mismo tenor nos hallamos con otros (2) casos de limitacion, que no me detengo á referir.

158 Otras de las causas sumarias ó extraordinarias muy señaladas por sus peculiares trámites son las executivas, en que visto traerla aparejada el instrumento ó sentencia, ó caso de que se trate, ya no tanto se cuida de justificar ó acreditar, como en los otros juicios ordinarios ó sumarios, quanto

(4) Número 119. en su cita 2. Elizondo tom. 1. fol. 222. n. 8. y tom. 2. fol. 381. n. 3. ley 4. tit. 7. lib. 7. Recop.

(1) Curia part. 2. §. 28. n. 5. Acevedo á la ley 2. tit. 13. lib. 4. Recop. n. 28. y siguientes.

(2) Toda regla general es peligrosa, como lo dexo probado en el n. 156. y 203. de estos Repasos, por las muchas limitaciones á que está sujeta, de que tenemos exemplo entre otros autores, en Escacia *de appellationibus*, donde asi en esta materia de posesion como en otras diferentes se está viendo por toda su difusa obra que las limitaciones á la multitud de reglas que sienta por principios de sus discusiones superan por lo comun á los casos de la regla.

de cumplir (1) lo acreditado, con la mira ó por los importantísimos fines que recopila (2) Paz en estas breves palabras: »*Via executionis inducta fuit »ut creditoribus consuleretur cum per eam, à pro»lixitate litium eripiantur, et omissis solemnitati»bus ordinis judiciarii, inspecta solummodo veri»tate, brevius jus suum consequantur, ne inquie»tentur et impediantur ab optimis exerciciis, et à »custodia familiæ, quod reipublicæ maxime interest.*»

159 Otras de las sumarias, y aun mas sumarias que las executivas, sin embargo de tratarse en ellas no solo de cumplir como en aquellas (1), sí tambien de acreditar y cumplir, son las de corta entidad. En su razon disponen nuestras leyes (2) que se determinen sin mas escritos que la condenacion ó absolucion, no pasando su valor de mil maravedís. Esta cantidad se ha aumentado últimamente para en ciertos pueblos hasta quinientos reales, en la forma que refiere (3) el señor Elizondo, proponiéndonos la utilidad que resultaria de que esta providencia fuese extensiva á las ciudades numerosas, haciéndose los pagos en tales casos con el producto de las prendas que se sacasen y ven-

(1) Elizondo tom. 5. fol. 98. n. 2.

(2) Paz tom. 1. part. 4. en su proemio n. 1.

(1) Asi se ha sentado en el n. 158. de estos Repasos.

(2) Ley 41. tit. 2. y ley 6. tit. 22. part. 3. ley 5. tit. 8. lib. 2. y ley 19. y 24. tit. 9. lib. 3. Recop. Villadiego en su política cap. 5. §§. 36. y 37. n. 31. fol. 251. Curia part. 1. §. 14. n. 12. Bobadilla lib. 3. cap. 14. n. 27. 29. y otros.

(3) Elizondo tom. 4. fol. 23. n. 9. y 10.

diesen sin las formalidades executivas, cuyos dispendios superan y aun se multiplican muchas veces sobre la deuda principal, con graves perjuicios del deudor, y sin mejora ni utilidad del acreedor.

160 Otras de las que, asi como las precedentes de corta entidad, son tambien aun mas sumarias que las executivas, son aquellas en que se procede por via de apremio, como por exemplo, las (1) instauradas contra el despojador en puntos de despojo, cuya reintegracion en ciertos casos se debe hacer ante todas cosas, sin citarle ni oirle. Contra los (2) depositarios ó commodatarios, á quienes justificados que sean sus respectivos depósitos ó comodatos, se les manda restituir incontinenti, sin admitirles compensacion ni otras varias excepciones hasta que lo cumplan. Contra (3) los aseguradores marítimos, á quienes probada la pérdida de la cosa asegurada, se les apremia al pago del aseguro, sin franquearles audiencia mientras no esté verificado. Contra (4) el fiador de saneamiento, procediéndose en su caso, segun opinion (5) del autor de la Curia, por embargo y venta de bienes, sin mas pregones ni diligencias que las de la primera execucion: contra (6) los jactanciosos y conminadores, para que instauren sus demandas, y presten la caucion de *non offendendo*. Contra (7) los colitigantes, herederos, usufructuarios, ú otras tales personas, por las fianzas, *judicio sisti*, *ususfructus*, *legatorum*, y demas caucionales; contra las partes para que declaren; contra los testigos para que depongan; y contra otras personas en otros muchos casos que refieren los prácticos, debiéndose tener presente sobre todos estos ó equivalentes puntos por una como regla general (8), que en las obligaciones *ad factum*, en que la hay á dar, hacer, entregar, ó restituir alguna cosa en especie determinada, como una casa, un caballo, una espada, ó cosa semejante, no se formaliza el cumplimiento por la via executiva ni sus trámites, sino por los de la de apremio y sus remedios pretorios, como son (9) prision, multas, denegacion de audiencia, alguacil de vista, ú otros tales.

(1) Elizondo tom. 1. fol. 60. n. 1. y siguientes.

(2) Febrero lib. 3. cap. 2. n. 207. y 209. Elizondo tom. 4. fol. 433. n. 24. y 25.

(3) Elizondo tom. 2. fol. 210. n. 3.

(4) Curia part. 2. §. 22. n. 13.

(5) Curia *ibid.*; pero Elizondo tom. 2. fol. 50. núm. 1. y 2. es de opinion contraria, teniendo por precisos nuevos pregones.

(6) Paz tom. 3. cap. últ. §. 4. n. 1. al 6. Febrero lib. 3. capit. 3. n. 196.

(7) Todas estas fianzas ó compulsiones de las partes ó testigos, de que con otras diferentes trata Febrero al n. 327. 122. y 196. lib. 3. cap. 1. de sus Juicios, como que son obligaciones *ad factum*, todas se executan ó cumplen por apremio, segun lo sienta el autor de la Curia part. 2. §. 14. n. 5. El señor Elizondo tom. 1. fol. 4. núm. 10. y Carleval tit. 3. disput. 3. núm. 25. al 30.

(8) Elizondo, Curia, y Carleval en los lugares que acabo de citar.

(9) Elizondo tom. 2. fol. 49. y n. 4. 2.

161 Otras son las (1) de las excepciones dilatorias, cuyo conocimiento debe ser sumario, proponiéndose y determinándose por el órden y trámites sumarios que expresan los (2) autores, á no ser que requieran mas alto exámen, en cuyo caso se reservan (3) para difinitiva, no siendo de aquellas que admitidas y justificadas harian el proceso nulo, como las de incompetencia, que por esta razon se deben determinar prévia y expresamente, segun la opinion mas recibida, sin que se puedan reservar aun quando necesiten de mayor conocimiento.

162 Esta opinion parece muy ajustada y equitativa, porque si reservándose se hallase al tiempo de la sentencia que el Juez era incompetente, ve aqui malogradas quantas diligencias y gastos se habian causado sobre lo principal del pleyto; pero es el caso, que quando tratamos de salvar este escollo tropezamos en otro otro tanto mayor, por que si alcabo de este artículo, substanciado préviamente al ingreso del pleyto, resultase el Juez competente, nos veriamos entonces, despues de costosos dispendios y pérdida de tiempo, de la misma manera, ó en el mismo estado que al ingreso ó al principio del pleyto sobre el asunto ó punto principal, teniendo que volver á tomarle de nuevo, principiándole por la contestacion como si empezase entonces.

(1) Paz tom. 1. part. 1. temp. 5. n. 84. Curia part. 1. §. 13. n. 10.
(2) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 235. y n. 190. y siguientes.
(3) Elizondo tom. 1. fol. 32. n. 4. y 8. Febrero lib. 3. cap. 1. n. 190. y siguientes.

163 Por estos motivos (1), hecho cargo el glosador Acevedo de los obstáculos de ambos extremos, y de la ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Recop. donde indistinta y generalmente se dispone, que las excepciones dilatorias, y nominadamente las de incompetencia, unas (2) de las mas privilegiadas, se propongan y se prueben dentro de los nueve dias perentorios á la notificacion de la demanda, en cuyo término parece iliquidable este artículo, en el caso y como quiere la comun opinion, resuelve por combinacion de todo al n. 33. de su glos. que tanto la declinatoria, quanto las demas excepciones dilatorias que no se puedan probar y liquidar dentro de los nueve dias, se deben reservar para difinitiva, á no ser de aquellas cuya indecision imposibilite el curso del pleyto, como por exemplo la (3) de obscuridad ó ineptitud intolerable del libelo, donde es evidente que no conociéndose la intencion del actor, queda privado el reo de *defensa*, no sabiendo lo que pueda ó deba responder ni probar; la de estar el actor excomulgado, y no poder por esto tratar ni comunicar con él; y las de todas las demas que sean semejantes á estas.

164 Otras son las (1) de los artículos inciden-

(1) Acevedo en su glosa á la ley 1. tit. 5. lib. 4. n. 33. al 36. de la Recop.
(2) Acevedo ibid. n. 33. Curia part. 1. §. 13. n. 7.
(3) Acevedo ibid. núm. 34. Carleval *de judiciis*, tit. 2. disp. 5. n. 18.
(1) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 235. y 197. Vinio lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis*, §. inic. n. 2. y §. 33. tit. 6. lib. 4. y Salas ibid.

tes, como por exemplo sobre la *pluris peticion*, ó pacto temporal de no pedir: las (2) de reposicion de autos interlocutorios: las de reforma (3) de atentados: las (4) de declaracion sobre si la apelacion está ó no desierta; ó si la sentencia se ha pasado ó no en cosa juzgada; ó si (5) se ha de librar ó no la inhibicion; ó dar (6) ó no cumplimiento á una requisitoria; ó si (7) el caso que se ventila es ó no caso de corte; ó si (8) es ó no caso notorio; ó si (9) la cesion de bienes, como preámbulo al juicio de graduacion de acreedores, es ó no fraudulenta; ó si (10) el heredero que pide la formacion de inventario, la division de la herencia, la reduccion del testamento á escritura pública, ú otras tales cosas, es ó no tal heredero; porque siendo calidad en que se funda, la debe acreditar sumaria y préviamente, á no ser que se la contradigan, en cuyo caso su substanciacion es (11) ordinaria, como que ya entonces no es ni se mira como excepcion dilatoria, ó como puro preámbulo al juicio de inventario, division y demas, sino como asunto ó juicio principal, en que se intenta la peticion de la herencia, cuya accion ó substanciacion es (12) ordinaria; á la manera que lo es (13) tambien la misma division ó particion tratada como objeto principal, quando despues de verificada se contradice la legitimidad de sus partidas.

165 Otras son (1) las de elecciones á oficios de justicia, ú otros tales empleos de corta duracion, quando se trata de su goce ó posesion; pero si se ventilaren las facultades de elegir ó nombrar, entonces son (2) ordinarias. Las de exhibicion (3) de los documentos de sus colitigantes ó de otros qualesquiera, justificando causa probable de su necesidad, lo qual hecho se mandan exhibir hasta los libros de co-

(2) Elizondo tom 6. fol. 198. n. 4.

(3) Elizondo tom. 6. fol. 142. n. 4.

(4) Curia part. 2. §. 3. n. 7. Elizondo tom. 1. fol. 149. núm. 1.

(5) Paz tom. 1. part. 6. cap. 1. núm. 10. Curia part. 5. §. 2. n. 8. Elizondo tom. 6. fol. 84. n. 5.

(6) Elizondo tom. 3. fol. 18. n. 12. y tom. 6. fol. 172. n. 12. y 13.

(7) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 46. Elizondo tom. 6. fol. 7. n. 12. y anteriores.

(8) Elizondo tom. 1. fol. 259 n. 7. Mateu *de re criminali*, *controv.* 2. n. 56. al 60. nos previene de que son muy raros los casos en que se puede proceder por caso notorio.

(9) Febrero lib. 3. cap 3. §. 1. n. 25.; pero Curia part. 2. §. 25. n. 15. opina que este punto se debe seguir en via ordinaria.

(10) Febrero tom. 1. lib. 1. cap. 2. §. 1. n. 22. al 24. Elizondo tom. 2. fol. 191. n. 2. Castillo lib 3. cap. 27. n. 21. y 22. ibi: *agens tamquam talis debet probare se esse talem*: y Gutierrez lib. 3. practicar. quæstionum. quæst. 1. n. 4. ibi. *ante omnia oportet de ea constare qualitate.*

(11) Elizondo tom. 2. fol. 191. n. 2. Febrero tom. 1. lib. 1. cap. 2. §. 1. n. 22. al 24.

(12) Febrero y Elizondo ibid.

(13) Febrero tom. 2. lib. 2. cap. 9. §. 1. n. 1.

(1) Matienzo in diálogo, part. 3. cap. 40. n. 5. Elizondo tom. 3. fol. 256. núm. 38. y 39.

(2) Elizondo tom. 3. fol. 264. n. 59.

(3) Elizondo tom. 2. fol. 172. n. 33. y 34. tom. 4. fol. 227. n. 21. y tom. 3. fol. 13. n. 40.

mercio: las (4) de pago de alcavalas y demas rentas y derechos reales, á no constar de su adeudo por instrumento público, en cuyo caso seran executivas: las (5) de sorteos para reemplazo del exército: las (6) de demarcacion de minas, sin perjuicio del primer descubridor: las (7) de recoleccion de frutos, ó reparo ó conservacion de edificios ruinosos, ó de otras cosas que se pueden empeorar ó perder entre las dilaciones de la via ordinaria: las (8) de peregrinos, navegantes, corsarios y presas, por las mismas razones de que por la prolongacion de los pleytos no se pierdan sus viages ni sus cosas: las (9) de alimentos futuros debidos á personas necesitadas ó pobres: las (10) dotales, y de disenso al matrimonio: las (11) de salarios y jornales: y las de (12) litis expensas, estimadas, como las dotales y de salarios, por deudas alimenticias; con todas las de-

(4) Curia part. 2. §. 4. n. 6.
(5) Elizondo tom. 3. fol. 183. n. 88.
(6) Ley 5. tit. 13. lib. 6. §. 21. Recopil.
(7) Matienzo in Diálogos, part. 3. cap. 40. n. 5. y ley 37. tit. 2. part. 3.
(8) Las leyes Reales citadas á los núm. 41. y 42. Elizondo tom. 2. fol. 219.
(9) Castillo lib. 8. cap. 4. n. 7. y 8. Elizondo tom. 5. fol. 98. n. 3. y 4. y tom. 3. fol. 55. n. 24.
(10) Elizondo tom. 5. fol. 98. n. 3. 4. y 5. tom. 4. fol. 212. n. 102. y 103. y tom. 3. fol. 144. n. 120. y 121. Castillo lib. 8. cap. 4. n. 12.
(11) Villadiego en su Política cap. 5. §§. 35. y 36. n. 33. fol. 251.
(12) Elizondo tom. 3. fol. 55. n. 24. y tom. 5. fol. 98. núm. 13.

mas (13) en que corra peligro de que se pierdan ó menoscaben las cosas, ó sufran ellas ó las personas otros detrimentos.

166 Otras son las (1) de nulidad ó injusticia notoria, tanto en el Consejo quanto en las Chancillerías y Audiencias, y aun en los Juzgados inferiores, tomándose conocimiento de su injusticia por sola la inspeccion de los mismos autos, sin otras alegaciones ni pruebas, y entendiéndose por esto por algunos (2) prácticos, que este conocimiento mas bien se debe llamar extrajudicial y sumario que disputa judicial. Por esta misma razon, y ademas por la de fundarse en la potestad tuitiva, lo es (3) en todo rigor sumario, instructivo, y extrajudicial el de alzamiento de fuerzas en no otorgar, y en conocer y proceder, y en el modo con que se conoce y se procede; y aun por la misma razon de fundarse precisa y únicamente en la potestad tuitiva, lo es (4) asimismo sumaria y extrajudicial el de nuevos diezmos y retencion de bulas, no obstante sus trámites de una via ordinaria.

(13) Castillo, Matienzo, Elizondo y mas escritores en los lugares que acabo de citar.
(1) Elizondo tom. 6. fol. 148. n. 9. y 10. y por todo el capit. 10.
(2) Elizondo tom. 6. fol. 157. núm. 19. y tom. 5. fol 2. y 3. n. 5.
(3) Cañada part. 1. de Recursos cap. 10. n. 26. 29. y otros por todo él. Elizondo, tom. 5. fol. 3. núm. 5 fol. 74. núm. 46. y en estos Repasos en la cita 1. del n. 104.
(4) Cañada *ibid.* n. 29. 43. 53. y por todo su cap. 10.

167 Otras de las sumarias que se apoyan no tanto en la potestad jurisdiccional y contenciosa quanto en la gubernativa y económica, son las (1) de cumplimiento de pregones ó bandos públicos y demas providencias de gobierno y policía: las (2) de concesion de moratorias: las (3) de dispensa de edad, ú otra calidad para la administracion de bienes, ó servir algun empleo ó cosas semejantes: las (4) de conmutacion de voluntades: las (5) de enagenacion de bienes vinculados: y las (6) de concesion de privilegio de hidalguía, villadgía, ú otras tales gracias; de cuya retencion si despues de obtenidas se tratare en el Consejo, nos hallamos (7) en él con otro artículo ó juicio sumario sobre la suspension ó curso de la gracia durante el pleyto principal de retencion en su via (8) ordinaria.

168 Ultimamente, omitiendo mencionar otros

(1) Bobadilla lib. 1. cap. 13. n. 103. y 104. lib. 2. capit. 21. n. 140. y lib. 3. cap. 4. n. 100. y 106.
(2) Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 1. n. 196. al medio vers. *La que el Príncipe.*
(3) Elizondo tom. 5. fol. 254. n. 9. fol. 139. n. 24. y fol. 229. n. 19.
(4) Elizondo tom. 5. fol. 167. n. 27. y 30.
(5) Molina *de primog.* lib. 1. cap. 8. n. 28. Elizondo tom. 5. fol. 178. n. 5.
(6) Elizondo tom. 5. fol. 219. n. 21. fol. 139. n. 24. fol. 250. n. 16. 11. en el n. 104. de estos Repasos en su cita 2.
(7) Elizondo tom. 5. fol. 139. n. 24. y fol. 187. n. 8. 9. y 10.
(8) Elizondo tom. 5. fol. 139. n. 24. al fin y fol. 188. núm. 10.

asuntos ó causas sumarias, que se podrán reconocer en las leyes y autores (1) que vienen citados, y en los demas á que estos se remiten, solamente me pararé á significar algunas otras, cuya calidad sumaria se denota mediante estas quatro cláusulas = sin causar instancia = administrando justicia = por via de justificacion = y para mejor proveer = que son las principales que ha adoptado la práctica sobre esta materia de juicios extraordinarios ó sumarios.

169 *Sin causar instancia*, es una (1) cláusula de puro respeto á los tribunales superiores, donde á la manera que en los Juzgados inferiores se pide reposicion de sus autos interlocutorios, prévio un juicio ó conocimiento sumario, asi en aquellos, no pareciendo decorosa al justo respeto con que los

(1) Febrero tom. 1. lib. 1. cap. 2. §. 1. n. 21. nos remite sobre este punto de juicios sumarios á la Clementina *dispendi. de judiciis*, á la ley 3. *ff. ad exhibendum*, y á otras leyes civíles. La ley 7. tit. 22. part. 3. nos refiere varios juicios sumarios. Burgio por toda su obra *de processu ex abrupto*, y mas particularmente en su quæstion 5. Bobadilla en el libro 3. cap. 14. n. 28. y siguientes, y lib. 5. cap. 9. n. 2. y capit. 10. n. 17. 18. 32. y otros de su Política: la ley 8. tit. 13. y la 6. tit. 16. lib. 2. la 17. tit. 11. y la 5. tit. 24. lib. 5. la 46. tit. 18. lib. 6. la 110. tit. 13. y la 24. tit. 14. lib. 7. de la Recop. con otras asi de este como de otros cuerpos del derecho, y sus glosadores refieren otras muchas causas sumarias sobre las que quedan apuntadas en este capit. 8. y demas de estos Repasos.
(1) Elizondo tom. 6. fol. 197. n. 3. y 4. y sig. y fol. 84. n. 6. fol. 6. n. 12. y tom. 4. fol. 76. n. 29. al fin.

debemos mirar la voz ó palabra reposicion, se solicita por las partes la reforma de los suyos con la cláusula sin causar instancia; de cuya moderacion ó frase tambien se suele (2) usar quando habiéndose multado ó castigado al Juez inferior, ó á otro algun tercero que no haya litigado por solo lo que resulta de autos, se presentan estos en solicitud de que se les alce su condenacion, ó se les oyga (3)

170 *Administrando justicia*: Si apareciere en las causas executivas al tiempo de la sentencia de remate no haber méritos para ella, por no haberse guardado la forma ó por otro tal defecto, al paso mismo que por otra parte resulten suficientes razones ó méritos en calificacion de la deuda, entonces se declara (1) la execucion por nula, restituyendo al reo libremente y sin costas los bienes embargados; pero en el caso propuesto, por equidad, para no multiplicar pleytos y costas, mediante á que resulta justificado el crédito, se le condena á que pague dentro de nueve dias con apercibimiento de execucion; con cuyas medidas de equidad no se acomodan algunos (2) escritores, que solo reconocen dos clases de sentencias, la una absolviendo y la otra condenando, sin admitir esta tercera ó media como contraria á las leyes, que solamente prefinen ó establecen las dos; pero siendo la práctica y estilo su mejor intérprete, modificándolas (3) ó reformándolas en caso necesario, no puede alegarse un justo fundamento que nos separe (4) de esta equitativa observancia en aquellos Juzgados donde la haya y sea corriente.

171 *Por via de justificacion*: Con esta cláusula la causa executiva se recibe á prueba por cierto término (1) prorogable, no hasta los 80 dias de la ley como las ordinarias, sí solo hasta 79. si le pareciere al Juez, quando opuestas excepciones legítimas no se probaron plenamente en los diez dias del encargado, ó quando probadas que fueren las

(2) Elizondo tom. 6. fol. 197. n. 3.

(3) Curia part. 2. §. 3. n. 2. y 3., y Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 1. n. 466. refieren que toda providencia proferida sin audiencia se convierte en simple citacion compareciendo el reo.

(1) Cañada part. 1. de sus instit. cap. 3. n. 23. Elizondo tom. 3. fol. 45. núm. 28. fol. 48. n. 12.

(2) D. Isidro Lopez, al fol. 79. de sus adiciones á la Práctica judicial de D. Antonio Martinez Salazar.

(3) Paz capit. inicial á su Práct. n. 6. al 15.

(4) El estilo no debe dudarse en que formaria ley en este caso, segun sobre puntos equivalentes lo dexo demostrado al n. 99. 136. 310. y otros; pero los Jueces inferiores en quienes el señor Elizondo reconoce con Gutierrez en el citado n. 2. fol. 45. del tom. 3. esta facultad de condenar al pago, deberán proceder con mucho miramiento, tanto en la certeza del estilo, quanto en la seguridad de la justificacion del crédito; porque como los términos de la via executiva son brevísimos, hay grande contingencia de perjudicar al reo, quien en los de la ordinaria que le franquean las leyes, tal vez hubiera justificado excepciones legítimas contra el crédito ó la intencion del autor.

(1) Febrero lib. 3. cap. 2. n. 310. y 314. tambien hay otros casos en que se recibe la causa á prueba por via de justificacion, como en el que apunta Elizondo tom. 2. fol. 419.

que eran hipotecarias ó reales, se cree ó se considera en ellas por el Juez alguna equivocacion ó ignorancia del actor; pero no estando en arbitrio (2) de los Jueces el disimular sus descuidos á una parte que tuvo esta disposicion todo el tiempo que quiso tomarse para deponer su falta de instruccion antes de provocar al reo á juicio, ni estando tampoco en su (3) mano el alterar la naturaleza de los juicios por tales motivos de equidad, que no ignorándolos las leyes, no los estimaron por bastantes al efecto, estableciendo (4) por el contrario aquellos diez dias

(2) No son iguales los derechos del actor y del reo: aquel debe por exemplo prestar á este sus instrumentos para probar su intencion, pero el reo no tiene precision de franquearlos los suyos al actor, que como dice Castillo al n. 8. cap. 20. lib. 8. de sus controversias, *debet venire paratus ad judicium*, no debiendo ser fáciles los Jueces en disimularle por este motivo qualesquiera falta de instruccion ni prueba: lo qual confirma tambien Gregorio Lopez por la misma razon en otro caso semejante de que trata en su glos. 2. á la ley 34. tit. 16. part. 3.

(3) Ley 15. y 22. tit. 22. part. 3. Ley 23. tit. 16. y concordantes lib. 2. Recop. Ni aun con consentimiento de las partes puede alterar el Juez el órden judicial establecido por beneficio público, siendo esta una facultad peculiar y privativa del Soberano, como lo sientan Maranta *de ord. judicior.* part. 2. n. 39. y 40. fol. 28. y part. 4. dist. 9. n. 3. fol. 187. Vancio *de nullitatibus* cap. *de nullitate ex defectu processus*, n. 12. y otros: y el autor de la Curia part. 1. §. 18. n. 22.

(4) Ley 2. y concordantes tit. 21. lib. 4. Recop. Acevedo á esta ley 2. n. 10. El Adicionador á Salazar D. Isidro Lopez, en el lugar apuntado en la cita 2. del núm. 170. de estos R[illegible]sos.

por término fatal y perentorio para probar y haber probado, parece que podria ser mejor que el recibirla á prueba por via de justificacion, el proseguir la via executiva, sentenciando la causa de remate en la forma ordinaria, puesto que qualquier daño ó perjuicio no es tan irreparable que no se pueda (5) subsanar en otro juicio; pero si estuviere en contra de esta legal y fundada reflexîon la práctica corriente del Juzgado, ésta precisamente se deberá seguir, como lo dexo apuntado (6) en la cláusula anterior.

172 *Para mejor proveer*, es una cláusula práctica bastante indicada en la ley 13. tit. 14. de la part. 3. que tratando de la pertenencia y amojonamientos de términos privados y públicos, de edificios ruinosos, y de la gravedad de las injurias reales *in personam hominis*, dice que estos pleytos non se pueden departir por prueba de testigos, ó de carta, ó de sospecha, á menos que el Juzgador no vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda; y que » en qualquier de estas razones » non debe dar el pleyto por probado á menos de » ver primeramente qual es el fecho porque ha de » dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor é » mas derechamente departir.»

173 Ve aqui una ley que dirigiendo todas sus palabras hácia el Juez para mejor proveer ó mas derechamente departir el juicio, excita (1) por con-

(5) Curia part. 2. §. 21. núm. 5.
(6) Número 170. al fin.
(1) Número 232.

seqüencia su oficio para esta operacion, sin la qual no pudiendo darse por acabado el pleyto, ni por puesto en estado de sentencia, por lo que á él respeta, no cabe duda en que la puede decretar de oficio en qualquier estado de la causa, sin que en estos casos ni en otros semejantes en que se manda (2) que para mayor instruccion se exâmine algun testigo en aclaracion de algunas cláusulas dudosas ó confusas de su deposicion, ó que se ponga en autos algun documento que aclare los presentados, ó que se practiquen otras tales diligencias, le pueda obstar el que las partes hayan concluido para sentencia; porque (3) todas estas cosas no tanto se deben estimar por nueva prueba, quanto por accesion de la antigua.

174 Con objeto á estos ú otros tales fines son indubitables las facultades del Juez para verificar ó admitir probanzas, aun despues de la conclusion para difinitiva, mediante la cláusula = para mejor proveer; pero si lo podrán hacer indistintamente

(2) Ley 30. tit. 16. part. 3. En esta ley se permite al Juez el exâmen de testigos en aclaracion de las dudas de sus deposiciones, con la calidad segun lo nota Gregorio Lopez en el núm. 3. de su glos. de que no se advierta peligro de corrupcion; el qual en los documentos es menos temible como la apunto al n. 274. cita 2.

(3) La confesion de la parte se admite en qualquier estado de la causa no por otra razon que por la de no estimarse nueva prueba, como lo sienta Febrero lib. 3. capit. 1. n. 429. Y Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 157. con otros autores tampoco admite en este estado mas pruebas que las de accesion, como lo siento en el núm. 176. de estos Repasos.

en todo otro qualquier caso, es este un punto que requiere mayor exâmen. La conclusion, como que es (1) renuncia que hacen las partes de todo otro qualquier término, manifestando no quedarles otra cosa que alegar ni probar, es efectivo que por lo que á ellas respeta, por lo comun surte el efecto de cerrar la puerta á toda prueba; pero no es esta una regla que por ciertas razones particulares no sufra á veces sus limitaciones, como ocurre (2) con la de documentos, que *ne jus partis pereat*, y mas por la particular circunstancia de no mediar en ella tan inmediato peligro de corrupcion como en la de testigos, se admite por estilo aun despues de la conclusion en qualquier estado de la causa, con las (3) respectivas á la defensa del reo en los asuntos ó causas criminales, porque no perezca la inocencia, y tambien porque no siendo las partes señoras de sus (4) miembros, no pueden renunciar de sus defensas, ni por la conclusion, ni de otra manera; con las (5) de evidencia de hecho, por superar en seguridad á todas las otras, como si concluso el pleyto baxo las pruebas de que el acusado habia muerto á un hombre, manifestase que vivia, con las (6) de confesion de parte, por es-

(1) Paz tom. 1. part. 1. temp. 10. n. 1. Cañada instit. part. 1. capit. 11. y n. 1. y 2.
(2) Núm. 309. 318. al fin y 326.
(3) Paz tom. 1. part. 1. temp. 10 n. 17. y parte 5. cap. 4. §. 9. n. 3. fol. 230. y §. 10 fol. 232. n. 6.
(4) Paz tom. 1. part. 5. cap. 4. §. 9. fol. 230. n. 3.
(5) Paz tom. 1. part. 5. cap. 4. §. 10. n. 6.
(6) Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 1. n. 429.

timarse mas bien por relevacion de prueba, que por verdadera prueba; con las (7) matrimoniales, por el despojo de la Iglesia, y correr peligro espiritual en el cumplimiento de sus sentencias proferidas con equivocacion; con las (8) que se ofrecen contra las sentencias pronunciadas por pruebas presuntivas ó privilegiadas: y finalmente con otras (9) diferentes, que ya por estas y ya por otras razones, ó se pueden rescindir, ó jamas pasan en autoridad de cosa juzgada.

175 En tales casos es indubitable, que ó bien de oficio, ó bien á instancia de parte, aun despues de la conclusion, y aun á veces despues de la sentencia se pueden recibir probanzas; adelantando Febrero con otros A (1) autores que para mejor proveer, tambien » puede recibir el Juez de oficio »qualquiera prueba despues de la conclusion, á fin »de investigar la verdad, y sentenciar con mas jus»tificacion y conocimiento, porque para él jamas »se concluye el pleyto.»

176 Esta proposicion tan absoluta, *para el Juez jamas se concluye*, la tienen otros B (1) por falsa, mayormente por lo que respeta á la prueba de testigos, los quales segun nuestro derecho (2) no solamente son inadmisibles para fundar de nuevo la intencion de las partes, despues de la conclusion, ó corridos ya los plazos ó términos de las probanzas, sino que tambien es visto (3) en nuestras leyes, que aun para el preciso efecto de mejorar ó aclarar las dudas de sus deposiciones, ó dar razon de sus dichos, nos está prohibida su admision, salvo en ciertos casos; evidenciándose de aqui, que (4) aquella proposicion, *para el Juez jamas se concluye*, tomada con tanta generalidad, conocidamente es incierta, segun mas por extenso lo demuestro en otro lugar, tratando (5) de propósito del transcurso de los plazos ó término de los ochenta dias de la prueba.

(7) Gutierrez canonic. quæst. tractat. *de matrimonio* capit. 115. n. 14. y 23.
(8) Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 1. n. 493. verso *El quinto*. Gutierrez lib. 1. práct. quæst. quæstione 49. n. 5.
(9) Matienzo in Diálogo, part. 3. por todos los capítulos desde el 45. al 52. refiere multitud de casos de esta naturaleza.
A (1) Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 1. n. 430. Elizondo tom. 4. fol. 242. n. 48. Paz tom. 1. part. 1. tem. 10. n. 15. ibi: *judici nunquam concluditur, et semper ejus officium viget post hanc conclusionem.*

B (1) Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 157. y Menochio *de arbitriis* lib. 2. casu 511. hace ver desde el n. 18. al 33. que es falsa la proposicion, y que ni aun preguntas ni confesiones se pueden recibir mas que para disolver las dudas, pero no para fundar de nuevo la intencion de las partes.
(2) Ley 34. tit. 16. part. 3. n. 5. y la 1. tit. 6. lib. 4. Recop. Matienzo, in Dialog. cau. 48. n. 8. y al n. 320. de estos Repasos.
(3) Ley 26. tit. 16. part. 3. n. 12. y 14. y la 30. del mismo tit. y part. n. 2. y 3. con su glosa á este n. 3. y en estos Repasos núm. 173. cita 2.
(4) Número 175. al fin.
(5) Número 315. al 334.

ÍNDICE.

CAPÍTULO IX.

La equidad puramente natural no produce ni las acciones propias ó verdaderas, ni las impropias ó el oficio del Juez, que todo es uno, y la legal, que es quien las causa, le es inaccesible á la razon natural por solas sus luces, y por conseqüencia lo es tambien inaccesible de la misma manera en qualquier asunto su derecho ó justicia.

177 Las acciones reales provienen (1) de dominio, quasi-dominio, ó de otro qualquier derecho *in rem*; y las personales dimanan (2) de contracto, quasi-contracto, maleficio, ó quasi-maleficio. Estas son (3) sus causas principales ú ordinarias, pero no son únicas, porque la equidad auxîliada de la ley tambien las produce (4). Esta equidad auxîliada, ó mas bien la misma ley que la auxîlia, es como una madre comun que indistintamente produce ya la accion impropia, qual es (5) únicamente el oficio del Juez, y ya las verdaderas y propias, como lo

(1) Vinio lib. 4. tit. 6. §. 1. instit. *de action.* n. 10. y 15.
(2) Vinio *ibid.* n. 11.
(3) Vinio *ibid.* n. 11. vers. *vel ex contractu.*
(4) Vinio *ibid.* n. 12. y §. 2. n. 3. lib. 3. tit. 14. instit. *de obligationibus.*
(5) Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. n. 57. y 59. Vinio *in rubrica* al tit. 6. lib. 4. instit. *de actionibus*, n. 6. ibi. *in summa imploratio nobilis officii judicis*: en estos Repasos á su núm. 26. y otros.

son (6) todas las demas, aun quando no nazcan de dominio, ó quasi dominio, contracto, ó quasi-contracto, maleficio, ó quasi maleficio, sino de sola equidad. Produce ésta las propias quando las leyes apoyadas en ella dicen que conceden accion, ó dirigen sus palabras á las partes, ó se explican impersonalmente; y causan las impropias ó el oficio del Juez, quando las dirigen al mismo Juez, ó le excitan su oficio expresamente, como de uno y otro caso propongo (7) exemplos mas adelante.

178 La equidad puramente natural por sí sola tan absolutamente es (1) ineficaz é inútil para producir la accion propia como la impropia, y auxîliada de la ley igualmente la una que la otra, segun la direccion de sus palabras, como lo dexo (2) enunciado; de manera que la ley en estos casos es la única é inmediata causa de estas acciones asi propias como impropias, fundadas en equidad, sin que esta concurra de otro modo á su produccion,

(6) Minsingerio al §. inicial instit. *de actionibus*, n. 21. al 26. y Vinio *locis citatis*.

(7) Número 230. al 236.

(1) Vinio *in rubrica* lib. 3. tit. 14. instit. *de obligat.* n. 5. ibi *ut nulla eo nomine sit actio jure civili*: Castillo tom. 6 lib. 5. cap. 163. n. 18. vers. *Hactenus*, ibi: *cum equitas non consistat in cerebro quorumcunque, vel quod somnient æquum putent, sed in arte quod ex legibus et juris-prudentibus sumitur.* Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 255. ibi: *judex officio suo.. neque habet facultatem faciendi solvere debitum naturale.* Véase lo expuesto en esta razon al n. 101.

(2) Número 177. al fin.

que como un principio radical y remoto en que se apoya la ley.

179 Las acciones propias, no obstante haber algunas que como se ha insinuado (1) nacen de la equidad auxîliada ó legal, no la reconocen por su único causante; ni por el mas regular, porque las mas provienen (2) de dominio, quasi-dominio, ú otro derecho *in rem*, ó de contrato, ó quasi-contrato, ó maleficio, ó quasi-maleficio; pero la impropia, ú el oficio del Juez no tiene otro (3) principio.

180 De aqui nace, el que se siente (1) comunmente como á manera de proverbios: *Officium judicis nullam præsupponit obligationem, quia sola æquitate fundatur: ex nullo* (2) *oritur fonte ex quo actio descendat: datur* (3) *ubi deficit actio: datur* (4)

(1) Número 177. cita 3. y 4.

(2) Vinio al §. 1. núm. 12. instit. *de actionib.* y al §. 2. n. 3. instit. *de obligat.*

(3) Minsingerio lib. 4. tit. 17. instit. *in rubrica de officio judicis*, n. 6. Olivano *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 19.

(1) Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib. 8. n. 65. Recop. Olivano *de actionib.* loco citato. Gonzalez in Decret. lib. 1. tit. 32. *de officio judicis*, capit. 2. n. 3. Minsingerio lib. 4. tit. 17. instit. *in rubrica de officio judicis*, n. 6.

(2) Olivano *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 19. Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. n. 65.

(3) Gonzalez *loco citato* n. 4. Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 163. Escacia *de appellation.* quæst. 17. limit. 6. miembro 4. n. 12. fol. 347.

(4) Gonzalez *loco citato* núm. 6. Guiurba decisione 67. núm. 1.

in subsidium quando aliter parti non potest succurri omnibus remediis ordinariis sublatis: datur (5) *quandocumque suggerit æquitas etiam si strictum jus deficiat aut repugnet: oritur* (6) *ex quadam benignitate, quia mittitur sola æquitate.*

181 Estos como axîomas, adaptables en su mayor parte, igualmente que al oficio del Juez, á las acciones verdaderas y propias, que solo nacen (1) ó provienen de equidad, parece que estan como prestando unos amplísimos ensanches á la razon (2) ó equidad puramente natural, para que se quiera entrometer á decidir en materias legales, no obstante de que sea absolutamente inútil, ó tal vez perjudicial al efecto, como lo iré significando por todo este capítulo; en que ademas he de tratar de

(5) Minsingerio *loco citato* n. 6. Olivano en el capit. citado, y su adicional.

(6) Olivano cap. 14. citato n. 19. Gonzalez Acevedo, y demas autores en los lugares citados.

(1) Número 177. y 178.

(2) Equidad, y razon natural se estiman como idénticas. Vinio al §. 1. lib. 1. tit. 2. instit. *de jure naturali, gent. et civili* n. 3. ibi. *Naturalis ratio.. æquum bonum naturalis æquitas.* Matienzo in diálogo part. 3. cap. 63. n. 1. ibi = *Æquitas est judicium animi ex vera ratione.* Y Castillo lib. 5. cap. 163. n. 18. indica bastantemente los males que resultan de la facilidad con que por caprichos se suele figurar esta equidad para decidir en puntos de justicia ibi. *Nec in officio magistratus est, judicare justum sit nec ne quod legibus superioribus sancitum... nihil enim periculosius dici potest, et perniciosius quam si judex quilibet liceat æquitatem pro arbitrio suo fingere, et legibus illudere prætextu hujus æquitatis.*

hacer una patente demostracion de que las leyes positivas, como positivas, qual es necesario conocerlas, para que qualquier paso en materias de justicia no sea un delito, por expuesto á un error, le son inaccesibles á la razon natural por solas sus luces, ó sin el auxilio de un incesante estudio, por mas que todas esten fundadas en razon y equidad.

182 Tiene la equidad tan íntima conexion con la razon, que miradas como en género se estiman por (1) sinónimas. Todos los hombres participan de una razon mas ó menos despejada. Y aun los hay (2) tan atrevidos, que por sola ella se suelen juzgar aptos á fondear todos los senos de la equidad natural, en que querrian que se afianzasen, con el oficio del Juez, las decisiones de justicia, para sacudirse por este medio de las fatigosas tareas del estudio, gobernándolo todo por arbitrios, ó lo que es lo mismo, por sus luces meramente naturales. Tenemos ademas que un axîoma filosófico, idolatrado obstinadamente de la pereza, late importunamente á su corazon, *infirmitas intellectus est* (3) *quærere legem ubi est ratio naturalis.*

(1) Vinio, Matienzo, y Castillo en los lugares citados en los números anteriores.

(2) Bobadilla num. 24. cap. 6. lib. 2. de su Política.

(3) Gomez n. 9. á la ley 1. y n. 65. á la 9 de Toro: véase en esta razon el auto acordado que refiero en la cita 3. del n. 250. de estos Repasos, donde ni aun en falta de ley se da entrada á la razon, y véase tambien la cita 3. del n. 191.

183 Por esto estamos viendo (1) multiplicadas ocurrencias en que hasta personas, que jamas han saludado ni aun los elementos ó primeros rudimentos de la jurisprudencia, se tienen por dispuestos para decidir en puntos de justicia, como que para esto les está por demas qualquiera aplicacion instructiva, bastándoles su razon, bien ó mal organizada, para discernir lo justo de lo injusto, único objeto de esta profesion, que se saben ellos demasiadamente no ser (2) otra cosa que un arte de bondad y equidad.

184 Pero ¡ó y quántos desaciertos no ocasiona la torpe y arbitraria (1) inteligencia de estas palabras equidad y bondad! ¡quántas leyes justísimas se ven atropelladas á pretexto de una equidad meramente caprichosa, que no tiene mas apoyo que la ignorancia! ¡y quántos son los miserables que gimen agoviados de insoportables litigios por esta falsa equidad!

185 Yo me glorío mucho de la integridad característica de nuestra nacion, y venero la incorruptible justificacion y sabiduría de nuestros Jueces, y de los profesores de nuestro derecho; mas esto no obstante cabe oportunamente prevenir a la

(1) Bobadilla al cap. 6. lib. 2. n. 24. al 31. y en el capit. 10. n. 9. y siguientes.
(2) Vinio lib. 1. titul. 1. §. 1. instit. *de justitia et jure.*
(1) Castillo lib. 5. cap. 163. n. 18. y 19. Babadilla *locis proxime citatis*: véase la cita 1. del n. 101. donde significo que hasta el uso de las frases pomposas de equidad, ó buena ó mala fe puede ser nocivo.

juventud de que no basta (1) al acierto un buen deseo, ni una buena razon. La ciencia de la legislacion, muy al contrario de las ideas lisonjeras de desaplicacion que nos sugieren los axiomas (2) referidos, es árdua y trabajosa; su extension casi infinita, sus glosas y sus combinaciones, en que la razon tiene que avanzar por inmensos principios, siempre distintos segun las ocurrencias, siempre inconexôs, y aun á veces al parecer opuestos, la han llevado hasta un estado de casi inasequible en un grado de perfeccion. Una razon bien despejada será la mejor prenda para subir á su conocimiento en lo posible, quando camine al auxilio de una constante aplicacion; pero abandonada á sus luces meramente naturales, no solo será estéril en los progresos de su comprehension, sino perjudicial y nociva á las resoluciones de justicia, pendientes mera ó principalmente de principios y preceptos positivos.

186 La equidad es constante, segun viene (1) confesado, que es la radical y primera basa en que se apoya el oficio del Juez. Por esto se le describe (2) *æquitas à jure concessa cujus dispensatio jus dicenti commissa est.* Equidad legal es la que requiere y de donde nace; *æquitas à jure concessa,*

(1) Bobadilla lib. 1. cap. 6. de su Polit. n. 1
(2) Núm. 180. y 182.
(1) Número 177. y 179. Acevedo, Olivano, Gonzalez, y Xamar en los lugares citados.
(2) Olivano *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 33. Esta descripcion es una amplificacion de la difinicion que dexo sentada al n. 26. y al n. 217.

como se dice en esta descripcion: no le sirve de bastante apoyo (3) la equidad puramente natural, no estando reconocida ó auxiliada de la ley: requiere una equidad tal, qui ni se sabe ni se aprende por meras luces naturales, ni por el camino de la meditacion, sí solo y únicamente por el preciso hecho de la lectura de la ley que la auxîlia, ó su noticia clara y distinta por otro camino.

187 Todas las leyes se fundan en equidad (1); pero en una equidad, que aunque no siempre á veces, al menos (2) trae orígen de ocurrencias y hechos ocultos, ó de razones particulares que ni conviene descubrir, ni á nosotros entonces nos toca mas que obedecer. En nuestros dias hemos visto promulgarse muchas leyes, y en nuestros mismos dias las hemos visto revocadas. Quando se promulgaron fueron justas, fundadas en equidad, porque esto es (3) de esencia de la ley; y no fueron menos jus-

(3) Castillo tom. 6. lib. 5. cap. 163. n. 18. y 19. Xamar part. 1. quæst. 9. n. 255. Maranta part. 4. dist. 9. n. 39. En el n. 134. y siguientes se señala con toda claridad esta equidad auxîliada de que necesita.

(1) Las leyes dice Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 34. de su Política que se deben atemperar á las circunstancias, que es en lo que pende la verdadera equidad, como lo sienta Matienzo en sus Diálogos part. 3 cap. 63 n. 1. y siguientes.

(2) Ley 20. *de legib.* ibi: *non omnium quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest.*

(3) Leyes 8. y 11. y demas del tit. 1. part. 1. Gomez á la ley 1. de Toro n. 5. Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 3. y 6. y Cañada part. 1. cap. 9. núm. 8. de sus instituciones.

tas y equitativas en la derogacion, á quien la equidad la es (4) igualmente esencia.

188 La razon natural, esto es aquella luz esculpida (1) ó marcada en nuestros corazones por el autor de la naturaleza para discernir lo justo de lo injusto, siempre es (2) una misma; es inmutable: lo que ayer nos dictaba como bueno, no puede decirnos hoy que es malo; ¿porqué pues, ayer una ley justa y equitativa quando se promulgaba, y hoy injusta pues que se revoca? las nuevas ocurrencias son toda la razon de esta diversidad, porque la razon, la equidad y la ley tambien se deben atemperar (3) á circunstancias, que son las que constituyen la verdadera equidad.

189 Y si estas circunstancias nos son ocultas muchas veces como he (1) insinuado; si nacen de los hechos reservados que acabo (2) de indicar, objetos peculiares de los sentidos y no de las potencias, ¿cómo la razon por solas sus luces innatas será capaz de atinar con aquellas leyes á que

(4) Leyes 17. y 18. tit. 1. part. 1. Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 34.

(1) Vinio lib. 1. tit. 2. instit. §. 1. n. 2.

(2) Vinio *ibid.* §. 11. n. 1. al 4.

(3) Gregorio Lopez, n. 4. de su glos. á la ley 11. tit. 1. part. 1. Matienzo part. 3. cap. 63. n. 1. y siguientes de sus Diálogos. Covarrubias tom. 2. part. 2. *relectionis*, §. 6 n. 3. Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 34. de su Polít. dice que la ley se debe atemperar á circunstancias, en que pende la equidad como lo apunta el n. 187.

(1) Núm. 187. de estos Repasos.

(2) En el mismo número 187.

únicamente dió motivo la equidad resultante de aquellos hechos ó circunstancias?

190 La sublimidad de talentos que no solo venero sino que admiro en muchos, y el constante afan con que los miro dedicados á las investigaciones de derecho y sus literales determinaciones, me han hecho ó dado á conocer, que la razon por sí sola puede avanzar á poco en una profesion donde hasta el rigor, no obstante los epitetos de severo, duro, inhumano, y otros á este tenor con que se le (1) moteja, se ve atendido en muchas ocasiones, y escrito en especie; como por exemplo en la usucapion ó en el retracto, no solo es preferido A (2) á la equidad no escrita ó natural, sí tambien á la escrita en género, como v. g. que nadie se enriquezca con pérdida de otro.

191 La usucapion, el retracto, ú otras disposiciones semejantes, miradas en general son repugnantes (1) á la razon, porque privan á los dueños de sus legítimos derechos: pues si la son repugnantes ¿cómo ha de llegar á penetrarlos por solas sus luces, sin la material lectura, ú otra noticia individual y positiva de las leyes que las establecen? ¿ni cómo en estos casos, ó en los demas que quedan B (2) insinuados de la promulgacion ó revocacion de la ley, por razones ocultas ó hechos ignorados, la podrá conocer sin oirla ó leerla? ¿Y

(1) Bobadilla lib. 2. Politic. cap. 3. n. 4.
A (2) Matienzo part. 3. cap. 64. n. 1. de sus Diálogos.
(1) Vinio lib. 2. tit. 6. instit. §. inicial n. 5. Gomez á la ley 70. de Toro n. 1. y ley 1. tit. 29. part. 3.
B (2) Número 187. de estos Repasos.

finalmente, ¿cómo habiendo ley se podrá maquinar en dar entrada á aquel (3) resvaladizo axioma *infirmitas intellectus est quærere legem ubi est ratio naturalis*, en una legislacion donde el derecho escrito, por riguroso que fuese, deberia preferirse, como queda (4) insinuado, á la equidad y razon natural?

192 Oygamos pues todos con justa sumision los sentimientos de nuestras conciencias, que nos gritan por el asenso práctico á esta verdad, por mas dura que nos sea, llamándonos ó precisándonos á un estudio incesante y á un trabajo ímprobo; y desengáñense, ó no se fien de su brillante despejo, ni de la grande perspicacia de su razon

(3) Este axíoma queda sentado al fin del n. 182. Absurdo sería buscar ley para conocer, por exemplo, que á nadie se debe dañar, como nos lo enseña el principio *alterum non lædere*, del qual y de los demas de esta naturaleza son de los que habla el proverbio, cómo se colige de la glos. 3. de Gregorio Lopez á la ley 8. tit. 1. part. 1. y de la 2. á la 6. tit. 4. part. 3. donde nos enseña que se debe mirar como ley aquella razon ibi: *quæ cum humano generi nata est à principio*, lo qual solo conviene ó se conforma con aquellos primeros principios, mas no con las conseqüencias que no nacieron con el hombre, sino que se las forma cada uno, y como que son varias necesitan de la ley que las fixe, segun lo apunta Molina, *de justitia et jure*, tom. 5. disput. 47. tract. 5. n. 6.: véase sobre este punto el auto acordado que refiero en la cita 3. del n. 250. de estos Repasos, donde ni por interpretacion ni por falta de leyes tiene entrada esta razon formada.
(4) Núm. 190. al fin.

los profesores particularmente modernos que se miren dotados de esta recomendable prenda, porque deslumbrados orgullosamente por una equidad, acaso imaginaria A(1), caminarán expuestos á una infinidad de desaciertos, no entrando en cuenta ante todas cosas con lo dispositivo de la ley.

193 En amplificacion de esta verdad, ademas de los exemplos de la usucapion y retracto que acabo B(1) de mencionar, convendria recorrer los fideicomisos, la accion pauliana, rescisoria, y quasi-serviana, con otras muchas determinaciones legales, todas fundadas (2) en la equidad de que tratamos.

194 Pero para no dilatarme demasiado me he de ceñir al exemplo que acabo de citar de los fideicomisos, donde por épocas, y sin la intrincada obscuridad con que se trata esta materia, irémos encontrando en la primera una equidad puramente natural é ineficaz en derecho; en la segunda ya la hallarémos convertida en equidad legal y eficaz por el oficio del Juez; y en la tercera la verémos elevada hasta la clase de eficaz por verdadera accion.

195 Haciéndose cargo el Emperador Justiniano en la Instituta y Codigo del derecho de los fi-

A(1) Castillo lib. 5. cap. 163. n. 18. y 19. Bobadilla lib. 2. Politic. cap. 6. n. 24. al 31. y capit. 10. n. 9. y siguientes.

B(1) Número 191. de estos Repasos.

(2) Vinio lib. 4. tit. 6. §. 4. instit. *de actionib.* n. 6. §. 5. n. 2. con el mismo §. 5. *ibi: Quod genus actionis quibusdam et alii simili æquitate motus prætor accommodat.*

deicomisos, y de la reforma de que necesitaban, provee de esta manera. »*Sciendum* (1) *itaque est* »*omnia fideicomissa, primis temporibus infirma fuis*»*se, quia nemo invitus cogebatur præstare id de* »*quo rogatus erat... et ideo fideicomissa appellata* »*sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudo*»*re eorum qui rogabantur continebantur.... Postea* »*divus Augustus... jussit Consulibus authoritatem* »*suam interponere.... sed necessarium* (2) *esse du*»*ximus, omnia legata fideicomissi exæquare, ut* »*nulla sit inter eos differentia..... et non solum* »*personalem actionem* (3) *pro illis præstare, sed et* »*in rem.*»

196 En esta literal disposicion se nos presentan demarcadas con toda distincion aquellas A(1) tres épocas, donde por un órden progresivo y gradual fué tomando incremento el favor de los fideicomisos.

197 En la primera que corrió hasta los tiempos del Emperador Augusto, solo producian obligacion natural B(1) é ineficaz, *ibi: quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat, nec ullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur continebantur.* En la segunda desde Augusto á Justiniano ya empieza el favor, adelantándose la obligacion hasta la clase de eficaz

(1) Justiniano lib. 2. tit. 23. §. 1. instit. *de fideicomissar. hered.*

(2) Justiniano lib. 2. tit. 20. §. 3. instit *de legat.*

(3) Ley 1. cod. *communia legat.* et fideic.

A(1) Número 194. de estos Repasos.

B(1) Número 195. en su cita primera.

por el oficio del Juez, á quien excita (2) con la direccion de sus palabras, mandando (3) á los Cónsules *ibi authoritatem suam interponere.* Y en la tercera redoblándose el favor, la miramos revestida (4) con todas las calidades de natural, civíl, eficaz y deducible en juicio por verdadera accion, *ibi*: *non solum personalem actionem, sed et in rem.*

198 El atinar con la obligacion natural que contenian los fideicomisos antes del tiempo de Augusto muy fácil le sería á la razon por solas sus luces, porque siendo (1) aquella obligacion *naturæ et æquitatis vinculum*, la misma razon estaba dictando su justicia, y mirando (2) con horror la perfidia del fideicomisario que faltase á la fe.

199 Pero el incremento que fué tomando desde Augusto pasándola á la clase de eficaz por el oficio del Juez, y adelantándola luego Justiniano á que produxese accion como la mas rigurosa obli-

(2) Dirigidas las palabras hácia las partes, se concede accion, y dirigidas hácia el Juez, se excita su oficio, como queda sentado al número 177. en su cita 7. Minsingerio al mismo §. 1. tit. 23. lib. 2. instit. n. 6. supone excitado su oficio en este caso.

(3) Número 195. en su cita 1.

(4) Número 195. en su cita 2. y 3. Minsingerio *ibi.* n. 6. y sig.

(1) Vinio rúbrica al tit. 14 lib. 3. instit. *ut oblig.* n. 4. y 5.

(2) Minsingerio lib. 2. tit. 23. instit. *fideicommissor. de hereditat.* §. 1. n. 4. y en estos Repasos á su n. 195. *ibi: sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur.*

gacion, esto le era impenetrable á la razon natural, como que pendia única y precisamente de la libre voluntad del Legislador, que por lo mismo que fué libre, fué tambien impenetrable (1) no solo de los hombres, pero hasta de los ángeles; lo mismo que tambien ocurre sin la menor discrepancia (2) con todas y con qualesquiera otras tales acciones asi propias como impropias; deduciéndose de esto, y de lo demas expuesto por todo este capítulo, que todas son inaccesibles á la razon natural por solas sus luces, ó sin el auxîlio de una constante aplicacion y estudio.

(1) Div. Thomas part. 1. de su Suma, *quæst. 57. art. 5.*

(2) Por la misma razon dependen todas de la voluntad libre del Legislador. Ley 1. tit. 1. part. 2. Justiniano §. 6. tit. 2. lib. 1. inst. Vinio y Salas al mismo texto.

ÍNDICE.

Si no obstante las leyes específicas que señalan tiempo á las pruebas de testigos, podrá el Juez abrir por equidad otro nuevo término, n. 205. al 207.

Conviene confrontar las leyes generales con las específicas, pero no el sutilizarlas demasiado, n. 207. y 208.

La jurisprudencia mas es arte de probabilidad que de demostracion, n. 209. y 210.

La voluntad de la ley debemos entender que es aquella misma que nos dictan sus palabras, mientras que clara y positivamente no nos conste lo contrario, n. 210. 211. y 212.

CAPÍTULO X.

El oficio del Juez ó accion impropia se dispensa por las leyes de dos maneras, la una genérica, y la otra específicamente.

200 Aunque queda demostrada con todo el lleno de una plena evidencia en el capítulo anterior la absoluta insuficiencia de la razon natural para entrometerse á dar dictámen, ni menos á decidir en materias de justicia, nos serviria de poco toda esta demostracion, si no tratase de cerrar los demas caminos á la arbitrariedad. El auxîlio ilimitado que nos figuramos, como viene (1) indicado, en el oficio del Juez á favor ó á pretexto de un

(1) Número 180. y 181.

corto número (2) de preceptos legales, es quien nos abre principalmente la puerta á estos desahogos: por esto he pensado en detenerme algun tanto mas sobre las calidades de este oficio, antes de pasar á la division en sus especies, de que he de tratar en el capítulo siguiente.

201 Ya llevo (1) significado que el oficio del Juez, á diferencia de la accion verdadera, no es un derecho radicado en la parte sino en el mismo Juez, para hacer aquello que le corresponde, ó debe hacer en cumplimiento de las obligaciones ó respetos á su empleo. El Juez, por sí mismo ó por sí desnudamente, es una persona privada que carece de toda potestad, y por su oficio tampoco tiene mas que las que se le derivan de las leyes, porque las mismas leyes se las quisieron conceder. En el mero arbitrio ó voluntad de la ley se ve constituida toda esta derivacion; porque asi como la es libre conceder accion en qualquier caso, asi tambien lo es el excitar aquel oficio, á la manera que lo llevamos A(2) visto en el exemplo de los fideicomisos, que siendo auxiliados por el Emperador Augusto con solo este oficio, quiso luego Justiniano que se debiesen por verdadera accion.

202 Esta voluntad de conceder, ó bien sea lo

(2) En el número 266. y 267. refiero algunos de estos preceptos cuyas laxâs interpretaciones han difundido los axîomas, ó máxîmas que refiero al n. 180. y 252. impugnados despues desde el 254. al 334. como lo propongo al fin del n. 253.

(1) Número 26. 186. y 217.

A(2) Número 195. al 199.

uno, ó bien sea lo otro, la debemos deducir de la direccion de sus palabras, conforme á las reglas que propongo (1) mas adelante. Si las dirigiesen á las partes, será B(2) accion verdadera, y si hácia el Juez, será su oficio. La direccion o puede ser específica para ciertos y determinados casos, como la que hizo Augusto en el exemplo citado (3) de los fideicomisos, mandando á los Cónsules que les interpusiesen su autoridad, ó dispensasen su oficio; ó puede ser genérica, como quando se les manda en general (4) que no toleren ganancias iniquas, ó que abriguen por quantas maneras pudieren la verdad en los pleytos.

203 Este oficio dispensado de la primera manera, esto es por alguna ley específica que decida el punto como la (1) de Augusto, no nos es el principal estímulo de la arbitrariedad que desearia precaver, porque habiéndonos proporcionado el amor y aplicacion al estudio el saber ponernos sobre la ley que le dispensa en aquel, y lo mismo digo de otro qualquier caso semejante, ya no nos será tan fácil el incidir en un error substancial, figurando derecho donde no le haya: pero el que se nos concede de la segunda (2) por las leyes pu-

(1) Número 229. al fin, y 230. al 236.

B(2) Número 232. al 234.

(3) Número 196. y 197.

(4) Número 236. 266. 267. y 324.

(1) Como la de Augusto que queda referida núm. 196. y 197.

(2) Por leyes genéricas como se apunta al fin del núm. anterior 202.

ramente genéricas, podria precipitarnos en las mas graves injusticias quando quisiésemos regirnos por solas ellas, sin el auxîlio de todas las demas de la materia, generales y específicas, teniendo muy presente, por primer principio, que toda ley general es (3) sumariamente peligrosa en derecho, por las limitaciones y falencias á que estan sujetas.

204 En las que tratan de dispensarnos el oficio del Juez, debemos producirnos por un doble motivo con mayor cuidado, porque la circunstancia, como se ha sentado (1), de fundarse en equidad, parece como que presta ensanches á la arbitrariedad, aun contra los mandamientos mas importantes y mas decididos de las leyes.

205 El señor Cañada en el capítulo 8. part. 1. de sus Instituciones civíles, donde á virtud de las leyes generales (1) que excitan el oficio del Juez, para que abrigue por quantas maneras pudiere la verdad ó justicia en los pleytos, sin permitir ganancias ilícitas, ni que nadie se enriquezca con pérdida de otro, y sin embargo tambien de la ley 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop. que con la expresion mas clara y positiva señala para la prueba ochenta dias »por todos plazos y término perentorio, »con apercibimiento, que no les sea dado otro tér-

(3) Ley 202. ff. *de reg. juris*, y en el n. 156. y 157. y otros de estos Repasos.

(1) Número 179. al fin. 180. 252. 279. y otros.

(1) A virtud de las leyes generales en que principalmente se funda el oficio del Juez, como lo apunto al n. 324. 236. 266. 267. y otros de estos Repasos.

»mino, ni éste les sea prorogado, ni se lo puedan »prorogar ni alargar» nos ofrece la mas perentoria prueba á este pensamiento, siendo de opinion que por equidad *ne jus partis pereat*, aun despues de pasados los plazos, se podrá señalar otro de nuevo, y en él exâminar testigos.

206 Pero ¿ de quántas combinaciones de leyes generales y específicas, y de quántos argumentos y meditaciones legales no ha necesitado para contraer á su propósito aquellos preceptos generales, conformando su idea en quanto pudo con la mente de la referida ley (1), ya que con su letra le era absolutamente inconciliable? Pues á este tenor debemos portarnos con el mayor cuidado y circunspeccion en la aplicacion, no solamente de aquellas (2) leyes ó preceptos generales, sí tambien en la de todas las demas de su especie á casos particulares; y ve aqui como con el exemplo de un sabio nacional queda demostrada mi proposicion (3), sobre que no podemos afianzar nuestros juicios en preceptos ó leyes generales, confiándonos mucho menos que de todas las otras, para el preciso efecto de darles admision contra la letra de las específicas, de aquellas que fundándose en equidad excitan el oficio del Juez.

207 Conviene, ó por mejor decir, es necesario saber las leyes generales y específicas, porque las

(1) Con la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. referida al n. 205.

(2) De las leyes generales que dexo significadas en el n. anterior 205. y en la cita 4. del n. 202.

(3) Sentada al n. 203. y 204.

unas se aclaran y entienden por las otras; pero tambien conviene que no se quieran saber demasiado, apurándolas en sus combinaciones por todos los artificios de una exquisita lógica, como ocurre con la de los ochenta dias de la prueba en el caso propuesto por el A(1) señor Cañada, con cuya opinion no me es posible aquietarme, teniéndola por una de las notables arbitrariedades que se quieren atribuir al oficio del Juez, segun mas por extenso lo procuro hacer ver en el capítulo 21.

208 En el anterior (volviéndome mas inmediatamente hácia el punto de que trato en éste sobre la aplicacion de las leyes á casos particulares) ya llevo demostrado B(1) que su *ignorancia* es un manantial perene de arbitrariedades é injusticias, y en éste, por lo que en él llevo (2) indicado con remision al capítulo 21. parece fácil poderse persuadir, que el saberlas ó el sutilizarlas intemperadamente es otro tan fecundo semillero de discordias y pleytos; de forma, que podrémos afirmar, en cierta manera, que el orígen principal de todos estos males, el uno es el no saber las leyes, y el otro el saberlas demasiado, queriendo deducir sus glosadores con sutilezas y violentas con-

A(1) Propuesto por el señor Cañada como lo indico en el n. 205. de estos Repasos.

B(1) Número 182. y siguientes por todo el capit. 9.

(2) Número 207. al fin. El reformador de Febrero en su nota 1. al n. 189. de su part. 1. tom. 1. cap. 1. §. 11. tambien nos apunta como se impropian muchas veces las palabras de las leyes para burlar y violar su disposicion.

tracciones, no lo que ellas quieren, sino lo que quieren ellos, y las leyes ni siquiera lo imaginaron.

209 La jurisprudencia no tanto es un arte de demostracion, quanto de prudencia y probabilidad. De aqui nace que se llame jurisprudencia y no jurisciencia, porque ni todos sus datos ni sus ilaciones exigen de necesidad, como los puntos (1) científicos, de una certeza demostrativa ó matemática, bastándola la moral y prudente. No es verdad indefectible científicamente considerada, que sea cierto lo que deponen dos ó tres testigos, y con todo se establece (2) que la tengamos por verdad legal, pues que no es de recelar prudentemente que nos engañe su uniforme testimonio. Tampoco es cierto infaliblemente lo que se declara por tres sentencias conformes; pero menos es de presumir error ni engaño en tres determinaciones proferidas con entera uniformidad, mandándose (3) por esto que tambien se tengan por ciertas y justas, mientras que notoriamente no nos aparezca lo contrario.

(1) Ciencia, segun los dialectos, *est cognitio certa, et evidens per demonstrationem adquisita.* Esta evidencia no se tiene en las resoluciones de derecho, como se ve en los exemplos que se apuntan en este mismo n. 209.

(2) No es verdad infalible, pues que se pudieron engañar ó corromper; mas con todo siempre que estas ú otras tales tachas no se prueben, forma su deposicion una verdad legal, como lo sientan el autor de la Curia y Gomez citados en el n. 77. en su cita 1. remissivè al derecho divino.

(3) Ley 25. tit. 23. part. 3. Cañada Instit. civiles, part. 2. cap. 4. n. 1. El señor Elizondo en el tom. 1. fol. 255. n. 2. de su Práctica.

210 A este tenor entiendo yo, que en el caso de la ley (1) de los ochenta dias de la prueba, que he tomado por exemplo de todas las demas especificas, no es verdad indefectible científica ó matemáticamente considerada, que sea su mente la misma exclusiva de testigos que nos dictan sus palabras, pero prudentemente no es de recelar que nos equivoquen. Por esto prevengo como advertencia la mas importante, que las debemos seguir, creyendo que la misma que nos dictan es su voluntad, mientras que clara y positivamente no nos aparezca lo contrario, á la manera que queda (2)

(1) Referida al n. 205. de estos Repasos.

(2) Queda dado á entender en el número 209. Ademas el señor Cañada hablando de la fuerza de las palabras de la ley, pregunta al fin del n. 10. part. 2. cap. 2. de sus Instituciones, si el apelante deberá expresar el agravio, y probarlo para que le sea recibida la apelacion, ó le bastará que se sienta y tenga por agraviado, sobre lo qual en el n. 11. se explica de este modo: »esta segunda parte parece la mas probable si »se ha de estar á lo que explican las palabras de las »leyes en su propia y natural inteligencia, de la »qual no es lícito separarse á no manifestarse clara»mente por otro medio la voluntad del Legislador, »como se ordena en la ley 5. tit. 33. part. 7. y en la »69. ff. *de legat.* 3.» El señor Castillo tratando en el n. 19. lib. 5. cap. 163. de si será ó no lícito usar de equidad contra las palabras de la ley, y despues de referir varios casos en que se puede hacer, dice al fin del mismo número: *nullus potest epicia u i, nisi certo illi constet legem non obligare in illis cas bus, vel saltim habeat probabilem rationem, nec daretur facilis re-*

dado á entender con el exemplo de las tres conformes, ó deposicion de dos testigos.

211 Por este medio, cumpliendo debidamente con el encargo de Juez y de Letrado, importante lo mismo (1) que dado á la letra, aun quando erremos, el mérito de la sumision á la ley, jamas puede faltarnos, y el daño del error, si le hubiere, *sibi imputet*, la ley que nos equivocó con sus palabras, dictándonos lo que no queria. Pero por el contrario, si nos desviásemos de ellas á pretexto del oficio del Juez, ó de la equidad que nos anuncian en general aquellas (2) leyes, ó de la de otras, que arrastradas como con cadenas se ponen en tormento para que aparezcan por la opinion de los que las contraen, toda la responsabilidad del daño, si se errase en este caso, podria recaer sobre nosotros, que obcecados entre las exquisitas especulaciones de una equidad aparente, desatendiamos las aldabadas de nuestro propio corazon, que en pura sencillez nos perturbaba con las consideraciones siguientes.

212 La ley es constante, que al que la quebranta ó que desprecia su favor, le puede, si quiere, privar en pena de su derecho, ó transferirle á un

cursus ad superiorem, et adesset periculum in mora, si vellet recursus haberi. Sobre este punto, y casos en que se podrá pasar contra la letra de la ley, véase lo que expongo en el n. 250. y sus citas.

(1) Bobadilla en su Polit. lib. 2. capít. 10. n. 8.

(2) Citadas al n. 205. en su cita 1. y n. 266. y 267. y otros de estos Repasos.

tercero, como tenemos (1) exemplo en la usucapion, en el retracto, en el inventario, y en otros muchos casos. Las palabras de la ley (2), que señala especificamente los ochenta dias de la prueba, claramente le privan del derecho á la presentacion de mas testigos, al que, sin haber tenido impedimento legítimo, se los dexó pasar sin presentarlos. Tan claramente como nos dictan sus palabras esta pena, no aparece por otra parte su (3) mente ó su voluntad contraria, por mas que legal y prudentemente se sutilicen todas las otras leyes generales y específicas de la materia. Luego pues que la ley lo puede, y que claramente lo disponen sus palabras, sin aparecer tan claramente su voluntad contraria, sufra la pena de perder aquel derecho; y calle aquella (4) equidad: *nadie se enriquezca con pérdida de otro.*, porque para el caso ya no es tal equidad, estando por pena improbada (5) por la ley; y calle igualmente el oficio del Juez, á quien faltándole esta equidad legal en que apoyarse, le estan (6) atadas las

(1) Vinio n. 5. al §. inicial tit. 6. y n. 7. al §. 5. tit. 19. lib. 2. instit. Salas á los mismos textos. Gomez n. 116. y sig. á la ley 70. de Toro.

(2) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. que dexo referida al 205.

(3) Asi lo demuestro desde el n. 319. al 334.

(4) Aquella equidad en que se funda el señor Cañada, como queda sentado al n. 205. cita 1.

(5) Asi lo demuestro en otro caso semejante en el n. 279. cita 2. y n. 288. y otros.

(6) Asi tambien lo dexo sentado al n. 186. con refe-

manos para hacer cosa alguna en favor de la parte omisa ó acaso maliciosa, que corrido aquel término sin justificar impedimento, solicita nueva prueba de testigos fuera de los casos (7) exceptuados.

rencia al señor Castillo y á otros autores, en que apoyo la necesidad de la equidad legal ó regulada por los principios de derecho como se cuenta al n. 176. 288. y otros.

(7) He apuntado algunos de estos casos al n. 174.

ÍNDICE.

CAPÍTULO XI.

Division del oficio del Juez en sus especies.

213 Ya llevo manifestado en los capítulos (1) anteriores, como los Pretores no conocian antiguamente mas que de ciertos asuntos; y que en todos los demas, tomando un conocimiento meramente sumario, creaban Jueces, á quienes daban la accion y fórmula, para que á todos á una mera nocion los substanciasen y determinasen.

214 El oficio del Pretor era mas libre, pues ni ante él se deducia (1) accion, ni estaba ligado á fórmulas. Por esta razon el del Pretor se decia (2) oficio *noble*, y el de los Jueces Dados oficio *mercenario*, como fámulo ó sirviente de la accion ó excepcion, á cuya naturaleza se debian atemperar; y estas dos especies de noble y mercenario son (3) las dos únicas, ó las mas principales en que se divide el oficio del Juez.

215 Á este oficio *noble*, con que se procedia

(1) Número 24. y 27. al 30.

(1) Vinio lib. 4. tit. 6. §. inicial n. 6. instit. *de actionib.* y §. inicial n. 1. y 2. lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis*, y n. 1. al §. 8. tit. 15. *de interd.*

(2) Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib 8. n. 53. al 56. Olvano *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 6. Minsingerio lib. 4. tit. 17. in rubr. n. 5. y siguientes instit. *de officio judicis.*

(3) Acevedo *loco citato.*

sin mas accion que el mismo oficio implorado (1) y obtenido del Pretor, correspondia la restitucion *in integrum*, la asignacion de Honorarios á los profesores de las artes liberales, la dacion de tutores ó curadores, la execucion de las sentencias de los Jueces Dados ó Pedaneos, y la imposicion de multas y captura de prendas, con otras cosas que refieren los (2) autores: al *mercenario* ó de los Jueces Dados tocaban todos los demas asuntos, donde siempre le exercian (3) en servicio de la accion ó excepcion para substanciarla y determinarla.

216 Todo este órden se abrogó (1) posteriormente, mandando á los Pretores y demas Magistrados, que, sin dacion de fórmulas, acciones ni Jueces, conociesen y juzgasen por sí mismos. Pero, aunque por esto se vieron reunirse desde entonces estos dos oficios *noble y mercenario* en la persona de todo Magistrado, qual es hoy qualquier Alcalde ó Corregidor, no por eso quedaron confundidos, antes sí se prosiguió (2) y se prosigue dividiendo al oficio del Juez en las mismas dos especies de noble y mercenario, entendiendo que le pertenecen por el noble todas aquellas cosas que tocando á ju-

(1) Vinio *locis proximis citatis.*
(2) Vinio y Olivan. *locis citatis.*
(3) Vinio en el citado §. inicial n. 2. lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis.*
(1) Número 30.
(2) Acevedo á la misma ley 5. tit. 1. n. 55. lib. 8. Recop. Vinio lib. 3. tit 19. §. 2. in tit. *de divisione stipulat.* n. 2. y 3. Gonzalez in Decret. lib. 1. tit. 32. *de officio judicis* cap. 2. n. 3.

risdiccion é imperio, como restituirse *in integrum*, *mulctam dicere*, *pignora capere*, con las demas cosas que acabo (3) de insinuar, pertenecian al Pretor antiguamente, y que le corresponden por el (4) mercenario todas las otras que siendo actos ó funciones de mera nocion, como *cognoscere de causa, et judicare*, correspondian á los Jueces Dados ó Pedaneos.

217 Por esto se difine el A(1) *noble: jus quod per se stat independenter ab actione vel exceptione, et competens judicii ad faciendum ea quæ sibi ut judici facienda incumbunt*, como por exemplo la restitucion *in integrum*, donde se supone aun todavía (2) no haber otra accion ni remedio para obtenerla, que la imploracion de aquel oficio.

218 El *mercenario* por el contrario no se considera como subsistente por sí mismo, sino como dependiente de la accion para ordenarla y determinarla: y por esto se difine B(1) *officium judicis quod*

(3) Número 215. véase el n. 339. donde siento por exemplo que la restitucion no se promueve hoy por el oficio noble.
(4) Vinio lib. 4. tit. 17. §. inicial n. 2. instit. *de officio judicis*, y lib. 3. tit. 19. §. 2. *de divis. stip.* n. 3. y n. 1. al §. 8. tit. 15. *de interdict.* y Gonzalez, y Acevedo *locis proximis citatis.*
A(1) Acevedo *loco citato*. véase el n. 26. de estos Repasos, cita 7. y véase tambien en el n. 194. y siguientes un exemplo manifiesto del oficio noble, y de como *per se stat independenter ab actione.*
(2) Número 339. de estos Repasos.
B(1) Gonzalez, Acevedo, Olivano y mas autores *locis citatis.*

deservit actioni in judicio constitutæ, á cuyo fin conspira (2) ó se dirige la comunicacion de traslados, y señalamiento de plazos, con los demas actos y diligencias del juicio.

219 Pero como el oficio del Juez que se dispensa para todas estas cosas cede (1) ó se dirige precisa y únicamente en servicio de la accion, se contiene en ella; sigue sus trámites; no causa instancia separada; nace de los mismos principios y obligaciones; faltaria si faltasen estos; y asi como nace perece tambien con ella: parece ó resulta de todo esto que en substancia no es otra cosa que su seqüela ó accesion, y que no es este oficio *mercenario*, sino el *noble*, aquel que se tiene por primero ó principal objeto en estos (2) Repasos.

220 Tampoco debemos equivocar á este oficio noble de que aqui tratamos con el arbitrio del

(2) La comunicacion de traslados, y demas correspondientes á este oficio. Vinio §. inicial tit. 17. lib. 4. instit. *de officio judicis*. n. 2.

(1) Olivan *de actionib.* part. 2. cap. 14. n. 5. 6. y 12. vers. *quum etiam*. Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. n. 55. Gonzalez *in Decretal.* lib. 1. tit. 32. cap. 2. n. 2. al 6. *Molina de justitia et jure* tom. 5. disput. 5. n. 3. y 4. Vinio lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis*, §. inicial n. 2. Xamar *de judiciis* part. 1. quæstion 9. n. 32. y 320. con otros.

(2) En estos Repasos, aunque se tiene por principal objeto el oficio noble *quod per se stat* como se advierte en los números 16. 22. al fin 29. al fin 197. 241. y otros, tambien se trata en ellos del mercenario que sirve á la accion, como aparece al n. 231. 71. y otros.

Juez. Hablando de este arbitrio la ley 12. tit. 16. part. 7. nos le describe con la mas oportuna claridad por estas palabras: »porque los engaños »de que fablamos en las leyes de este título, non »son iguales, nin los homes que los facen ó los »que los reciben non son de una manera; por »ende non podemos poner pena cierta en los es»carmientos que deben recibir los que los facen; é »por ende mandamos que todo juzgador que hu»biere á dar sentencia de pena de escarmiento so»bre qualquier de los engaños sobredichos en las »leyes de este título, ó de otros semejantes de es»tos, que sea apercibido en catar qual home es el »que fizo el engaño, é el que le recibió; é otro »sí, quál es el engaño, é en qué tiempo fué fecho. »E todas estas cosas catadas debe poner pena de »escarmiento ó de pecho para la cámara del Rey, »qual entendiere que la merece, segun su albedrio.»

221 La 18. tit. 15. de la misma partida, tratando del resarcimiento de daños decretados por la ley Aquilia, remite la fixacion de cantidad al mismo oficio del Juez: y la 5. tit. 19. partid. 6. mandando que se admitan las pujas de las cosas del menor vendidas en almoneda pública, siendo á gran pro del mozo, se remite al mismo arbitrio en quanto á la graduacion, ó regulacion de este gran pro.

222 Pero por decontado se advierte que no es este arbitrio aquel oficio noble del Juez de que tratamos en este lugar. Supone la primera de estas leyes la accion ó derecho á pedir el escarmiento, dexando únicamente al arbitrio del Juez la graduacion de la pena. La segunda supone igualmen-

te la accion de la ley Aquilia para la reintegracion de daños, quedando nada mas en aquel arbitrio, que la modificacion ó fixacion del tanto ó quanto, conforme á las reglas que le prefine. Y asimismo supone la tercera la accion ó derecho á la admision de pujas, siendo en grande utilidad ó provecho del menor, remitiéndose meramente al mismo oficio ó arbitrio la regulacion de esta grande utilidad.

223 De manera que siendo este oficio ó este arbitrio, como se evidencia por lo expuesto, una mera accesion á la substancia de la accion, es patente que no es este arbitrio aquel oficio noble de que tratamos, el qual (1) *per se stat independenter ab actione*, dispensándole las leyes de la misma manera (2) que las acciones verdaderas fundadas en pura equidad, sin concurso de contrato ni otra tal causa; y evidenciándose asimismo de lo expuesto, no deber univocarse ó equivocarse este oficio noble con aquella facultad que permiten (3) las leyes á los Jueces para que arbitrien, por exemplo, quál se deberá estimar por miedo grave ó leve, pues bien meditado aquel arbitrio ó facultad, tambien se encuentra no ser un derecho subsistente y de por sí como el oficio noble, sí solo una mera accesion á la substancia de la accion ó excepcion de nulidad en el contrato á que dió causa el miedo grave. Lo mismo que tambien ocurre en la graduacion que se hace (4) sobre quál se deberá estimar por prueba incontinenti, quién se deberá tener por rico ó pobre, y quién relaxarse ó no de la prision baxo de fianzas, con otros casos y cosas que refieren (5) los autores.

(1) *Per se stat*, á distincion del mercenario, que como se ha sentado n. 217. al 219. sirve como este arbitrio á la accion.
(2) Número 177. y 178.
(3) Castillo lib. 3. cap. 1. n. 144.

(4) Gregorio Lopez número 7. de su glos. á la ley 7. tit. 9. part. 2. Carleval *de judiciis* tit. 2. disput. 5. n. 21. y 22. Covarrubias lib. 2. Variarum cap. 6. n. 8.
(5) Bobadilla cap. 10. n. 26. y cap. 21. n. 147. lib. 2. y en otros parages de su Política nos enuncia nulidad de casos en que el Juez puede arbitrar, alterar las penas, y otras cosas; y lo mismo hacen Menochio *de arbitriis*, con los demas autores que acabo de citar por el resto de sus obras.

ÍNDICE.

la accion propia, y quándo la impropia, ó el oficio del Juez n. 230. al 236.

Accion propia y oficio del Juez son dos remedios que pueden concurrir al mismo fin, quedando la eleccion al arbitrio del actor, n. 235. y 236.

Leyes genéricas, si fueren opuestas á las específicas quedan derogadas por ellas para en sus casos, n. 235. y 236.

CAPÍTULO XIII.

Reglas para distinguir las acciones propias de las impropias ú oficio del Juez.

224 En los capítulos anteriores (1) queda sentado que el oficio noble del Juez, ó la accion impropia, que es lo mismo, solo nace ó dimana de equidad legal, sin que preceda convenio ni otra tal gestion obligatoria, á diferencia de la accion verdadera, que nace regularmente de la obligacion que dimana de contrato ó quasi-contrato, maleficio ó quasi-maleficio, dominio ó quasi-dominio, ú otro qualquier derecho *in rem*.

225 Pero como esto no sea perpetuo, hallándonos (1) á veces con acciones verdaderas, que sin prevenir de ninguna de estas causas, nos las conceden las leyes por mera equidad, como el oficio del Juez, conviene que sepamos quándo por ellas

(1) Número 177. al 186. de estos Repasos.
(1) Número 177. al 186.

se nos dispensa este oficio, y quándo la accion propia.

226 Aunque reconocieron los Romanos (1) una respetable obligacion natural en los pactos nudos, y que la equidad y buena fé clamabam para su cumplimiento por accion eficaz, solamente se la concedieron (2) á los vestidos por adherencia á algun contrato (cuyo caso, como que se reviste de sus calidades, no toca á este lugar) ó á los que se auxîliaron con la asistencia de la ley, que es nuestro punto, como el *de constituta pecunia*, donacion, dote y prenda.

227 En los fideicomisos antes del tiempo de Augusto tambien reconocieron A(1) su obligacion natural, y que la equidad y buena fe igualmente que en los pactos estaba clamando por accion; mas sin embargo de esta verdad, y de haber obtenido de aquel Emperador la asistencia de la ley (2), no lograron como ellos el producir (3) accion verdadera, sino el oficio del Juez.

228 ¿En qué está pues la diferencia? Toda

(1) Ley 1. ff. *de pactis*, ley 1. ff. *de pecunia constit.* y Minsingerio, lib. 2. tit. 23. §. 1. n. 4. instit. *de fideicommissur. hereditat.*
(2) Vinio lib. 3. tit. 14. instit. *de obligat.* §. 2. n. 10. y en la rúbrica del mismo tit. n. 8.
A(1) Justiniano en el §. 1. tit. 23. lib. 2. instit. *de fideicomissur. heredit.* Minsingerio n. 4. de sus Comentarios al mismo texto.
(2) Justiniano en el mismo texto *ibi: Postea divus Augustus... jussit consulibus.*
(3) Minsingerio *ibid.* n. 6.

consiste, como ya se ha insinuado B(1), aunque con distinto objeto, en que la ley asi lo quiso; ¿y de dónde podrémos inferir que lo quiso asi la ley? este es el punto que debe llamar por ahora toda nuestra atencion.

229 En los fideicomisos habló la ley (1) con los Jueces, *ibi jussit consulibus*; pero en los citados (2) pactos, ó concedió accion expresamente, como la de el de prenda (3), *ibi nascatur obligatio*; ó habló directamente con las partes, como la *de constituta pecunia* y donacion (4), *ibi de constituta tenentur*, *ibi*: *si quis argentum donaverit*, *necessitatem ei imponimus*; ó se dirigió principalmente al derecho ó *jus agendi*, como el de la promesa de dote (5) *ibi*: *ad exactionem dotis qualiacumque verba sufficere censemus*; y estas diferentes locuciones, expresion ó direccion de las voces ó palabras de las leyes al Juez ó á las partes, son toda la prueba ó todo el argumento significativo de su diferente voluntad en la concesion de acciones, ya propias, ó ya impropias; sobre lo qual tanto nuestros escritores nacionales, quanto los extrangeros proceden (6) de conformidad, teniendo á este argumento ó á esta deduccion de la voluntad de la ley por sus palabras, por una regla invariable de su mas justa indagacion, baxo cuyo supuesto caminan uniformes en las reglas siguientes.

230 Regla primera: quando la ley dixere, que da, que concede, ó que compete el oficio del Juez, no tiene duda (1) en que dispensa este oficio. Te-

B(1) Número 177. al 180. y 197. 199. y 201.

(1) Justiniano en el texto que queda referido al número 195.

(2) Citados al fin del número 226.

(3) Ley 17. §. 2. ff. *de pactis*.

(4) Ley 1. §. 1. ff. *de pecunia constit.* y la ley 35. C. *de donat.*

(5) Ley 7. C. *de dotis præmis.*

(6) Gregorio Lopez glos. 4. á la ley 37. tit. 9. part. 6. hácia el fin ait: »*Cum verba legis diriguntur ad judicem competit officium judicis.*» Cevallos comunes contra comunes tom. 2. quæstione 536. n. 12. dice tambien: *quod regula notissima est judicis officium competere ex lege*, *cujus verba ad judicem dirigetur.* Acevedo n. 63. de su glos. á la ley 5. tit. 1. lib. 8. de la Recop. dice igualmente: *quod si legis verba ad judicem referantur officium judicis*, *si ad partem actio competit.* Con estos autores en razon de deberse deducir la voluntad de la ley en órden á la concesion de accion, ú oficio del Juez, por la direccion de sus palabras, caminan uniformemente los demas, como Matienzo en sus Comentarios al lib. 5. de la Recopilacion en su glos. 14. n. 14. ley 1. tit. 4. Avendaño en su obra titulada Respuestas, respuesta 1. n. 19. Gonzalez *in Decret.* n. 6. cap. 2. tit. 32. *de judiciis.* Olivano *de actionibus* n. 3. de su cap. adicional en seguida al 14. de su part. 2. lib. 1. y part. 1. lib. 3. cap. 3. n. 71. y 73. Xamar *de judiciis*, part. 1. quæst. 9. n. 28. con otros diferentes escritores nacionales y extrangeros citados por estos; sobre lo qual tambien he tratado á los números 195. al 197. de estos Repasos, con referencia al §. 1. tit. 23. lib. 2. de las instit. en que se ven dirigidos sus encargos á los Jueces por aquellas palabras *jussit consulibus*.

(1) Olivano *de actionibus* part. 1. lib. 3. cap. 3. n. 75. Xamar *de judiciis*, part. 1. quæst. 9. n. 29.

nemos de esto exemplo en la ley 6. tit. 21. part. 4. donde tratándose de la venta de los siervos, á quienes sus señores les den mal trato, lo que concede al efecto, no es accion sino el oficio del Juez, *ibi*, á su número 9. »de su oficio debe pesquirir en »verdad si es ansi, è si lo fallare por verdad, dé»belos vender è dar el precio á su señor.»

231 Segunda: quando el acto que la ley encomendare perteneciere á jurisdiccion ó imperio, tampoco cabe duda (1) en que lo que dispensa, entonces no es accion sino oficio del Juez, ó bien el noble, ó bien el mercenario: del mercenario se nos ofrece (2) exemplo en la ley 11. tit. 4. part. 3. que tratando de la diligencia con que los Jueces deben indagar el derecho de las partes en los pleytos, dice á su número 4. »è quando supieren la »verdad deben dar su juicio.» y del noble le tenemos (3) asimismo en la 15. del mismo tit. 4. que en su número 1. dice de este modo: »porfia»do debe ser el Juez en tal manera, que quando

(1) Xamar *de judiciis*, part. 1. quæst. 9. n. 27.

(2) Vinio n. 2. de sus Comentarios al §. inicial lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis*, y Minsingerio n. 7. de los suyos al mismo texto *ibi*: *nam omnes sententias judex officio mercenario pronuntiat tam super controversiam, quam super fructibus damnis, sumptibus litis, aliisque accessionibus.*

(3) Minsingerio en el n. 8. al citado texto, *ibi*: *De executione autem dubitatum est an officio nobili aut mercenario fiat: crebrius tamen obtinuit eam expediri officio judicis nobili, et recte quia officium judicis mercenarium simulque lata est sententia statum extinguitur.*

»diere su juicio acabado, de que se non alzó nin»guna de las partes, que faga en todas guisas que »se cumpla.»

232 Tercera: quando la ley no estuviere terminante, ni el acto perteneciere directamente á jurisdiccion ni imperio, segun viene apuntado en las dos reglas anteriores, entonces deberémos atender á la direccion de sus palabras. Si las encamínaren al Juez, encargándole algun acto *directe et principaliter*, aun quando el tal acto redunde en utilidad y provecho de las partes, el derecho que se dispensa no es (1) accion, sino oficio del Juez. Hallamos de esto exemplo en la (2) ley 7. tit. 8. de la part. 3. que tratando de la via de asentamiento, aunque pudiera conceder accion á las partes para usar ó pedir este remedio, lo que las dispensa es aquel oficio, mediante la direccion de sus palabras hácia el Juez *ibi*, á su número 1. »en tal razon como esta decimos que el Juzgador »debe pasar contra el rebelde.”

233 Quarta: quando la ley se produxere ó se explicare fuera de los tres modos apuntados en las reglas anteriores, ó bien diciendo expresamente que concede accion, ó bien dirigiendo sus palabras

(1) Cevallos comunes contra comunes, tom. 2. quæst. 536. n. 12. *ibi. Regula notissima est judicis officium competere ex lege cujus verba ad judicem dirigentur.* Lo qual se comprueba por el señor Gregorio Lopez y demas autores referidos al n. 229. en su cita 6.

(2) Paz tom. 2. part. 2. cap. único, n. 41. donde tratando de este remedio del asentamiento dice, *misso in possessionem judicis officio nobili expeditur.*

á las partes, ó bien hablando impersonalmente, ó bien de otra qualquier manera, el derecho que se dispensa entonces no es A(1) el oficio del Juez, sino accion verdadera, ó propia.

234 Del primero de estos modos tenemos exemplo B(1) en la ley 19. tit. 22. part. 3. que tratando de la fuerza que han los juicios, á su número 18. dice asi: »è aun decimos que del juicio que diesen »nace demanda á aquel por quien lo dieron:» del segundo tambien le tenemos (2) en la 6. tit. 5. part. 5. que hablando de que la compra y venta se perfeccionan por el convenio del comprador y vendedor acerca del precio y de la cosa, indubitablemente les concede la accion de este contrato por su lo-

A(1) Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 24. al 29. Gregorio Lopez, Cevallos, Acevedo, Matienzo y demas autotes apuntados en la cita 6. al n. 229. de estos Repasos

B(1) Gregorio Lopez al número 18. de su glos. á esta misma ley 19. tit. 22. part. 3. dice asi: *Utilius tamen est quod non intentetur ista actio in factum, sed officio judicis petatur executio sententiæ.* Sobre lo qual ya he hablado en la cita 2. al n. 31. de estos Repasos, significando con el señor Cañada que para este caso, la distincion de oficio del Juez, y accion *in factum* es un juego de voces inadaptable á nuestro derecho.

(2) Nadie ignora que del contrato de compra y venta resulta verdadera accion, como lo sienta Vinio n. 1. al §. inicial, tit. 24. lib. 3. institut. *de emptione et venditione*; y asi lo significa con la direccion de sus palabras á las partes esta ley 6. tit. 5. de la part. 5. conforme á las doctrinas de Acevedo y otros autores que dexo apuntados en la cita 6. al n. 229.

cucion directa hácia las partes, *ibi* á su número 3. serán »ambos tenudos de cumplir el pleyto:» y del tercero con que se dispensa por la ley accion, mediante su locucion impersonal, le tenemos (3) asimismo en la 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. que estableciendo la validacion de las mandas, aun quando falte la institucion de heredero, dice impersonalmente á su glos. letra *d. ibi*: »y cúmplase el testamento.»

235 Quinta: Si por una ó mas leyes, ó ya expresamente conforme á la regla 1. ó ya por argumento ó deduccion de sus palabras, conforme á la 3. se excitase ó dispensase el oficio del Juez, y al mismo tiempo, ó bien por ellas, ó bien por otras se concediese accion verdadera, ambos remedios pueden concurrir si terminaren á un fin; pero si fueren contrarias, como ocurre á veces con las leyes genéricas en concurso de las específicas, entonces las genéricas quedaron derogadas para el caso ó casos de las específicas, y por conseqüencia el oficio del Juez que se excita por ellas, no puede concurrir en sus casos con la accion verdadera dispensada por las otras.

236 Para el primer extremo de esta regla nos

(3) Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 25. nos sienta entre otras reglas que por la locucion impersonal se nos concede verdadera accion; y Matienzo en sus Comentarios á las leyes del lib. 5. de la Recop. en el n. 14. de su glos. 14. á la ley 1. del tit. 4. tambien nos afirma que nos la concede esta ley, mediante aquella su locucion impersonal: *cúmplase el testamento.*

suministran (1) exemplo las leyes 2. y 3. del tit. 18. part. 6. pues sin embargo de sentarse expresamente en la 3. que el Juez de su oficio pueda remover al guardador sospechoso, tambien dispensa la 2. al efecto una accion popular, para que pueda acusarle qualquiera del pueblo. Y por lo que respeta al segundo tambien le tenemos (2) en las leyes del

(1) Asi como en el caso de estas leyes se ve la concurrencia de la accion y oficio del Juez, asi tambien se ve la de acciones en el n. 116. y otros de estos Repasos. Y Xamar *de judiciis* part. 1. quæstion. 9. n. 289. dice asimismo que la accion comun dividendo concurre con aquel oficio, el qual tambien compete á un tiempo con la accion en otros muchos casos que nos señala, constituyéndonos al fin por regla general, que concurre con ella, siempre que ambos remedios terminen á un fin, y añadiendo por último al n. 62. y otros de la misma qüestion, que por favor público, de religion, libertad, ó causa pia puede el Juez interponer su oficio en utilidad privada, sin perjuicio de la accion que por otra via competa á las partes.

(2) Antonio Gomez al núm. 11. y 12. de la ley 45. de Toro, por conseqüencia de la ley 14. *ff. de conditione indebit.* que dice: » *natura æquum est neminem eum alterius detrimento fueri locupletiorem* » y por las demas generales del derecho civil, concordantes con la 17. tit. 34. part. 7. y demas de la Recop. que cito en este mismo núm. 236. es de parecer, que por ellas se excita el oficio del Juez, para que no permita que nadie se enriquezca con pérdida de otro; pero tambien reconoce que estas ú otras tales leyes generales con que se excita su oficio para evitar ilícitas ganancias, no pueden obrar contra las específicas, por exemplo, de las usucapiones ó retractos que se establecieron por las

tit. 29. de la part. 3. y 72. y siguientes de Toro, donde se establecen especificamente las usucapiones y retractos, contra la 17. tit. 34. de la part. 7. la 19. tit. 32. y la 1. y otras de los tit. 5. 6. y 7. lib. 3. de la Recop. y contra la instruccion de Corregidores de 15. de Mayo de 78. donde se encarga generalmente á los Jueces que no permitan ganancias ilícitas, ni que nadie se enriquezca con pérdida de otro, como lo autorizan las que acabo de citar de las usucapiones y retractos.

justas consideraciones que expresan, la 1. del tit. 29. part. 3. y el mismo Antonio Gomez al n. 1. de la ley 70. de Toro, derogando y dexando sin efecto para sus casos aquellas leyes ó preceptos generales, como tambien lo demuestro en el n. 266. y siguientes de estos Repasos.

INDICE.

via, asimismo es inadmisible en nuestro derecho, n. 241.

Estas y otras varias diferencias entre la accion y el oficio del Juez dan ocasion á las exôrbitantes facultades que se atribuyen á este oficio, núm. 242.

Límites del oficio del Juez en algunos casos, por exemplo de los demas, se exâminan en los capítulos siguientes desde el 15. *en adelante, n.* 242.

CAPÍTULO XIII.

Diferencias entre las acciones verdaderas y las impropias ú oficio del Juez.

237 No trato de detenerme en exâminar profundamente todas y cada una de las muchas diferencias que de la accion y el oficio del Juez, ó lo que es lo mismo, de la accion propia é impropia refieren (1) los autores. Trato únicamente de indicar algunas, dexando al juicio del lector el aprecio que se le merezca la opinion del Acevedo (2) y otros escritores que las sostienen como comun, comparada ó confrontada con la de algunos (3) otros, que sienten no encontrarse entre ellas

(1) Acevedo á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. n. 61. al 71. Xamar de *judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 1. al 29. Olivano *de actionibus* part. 2. cap. 14. n. 19. y siguientes.

(2) Acevedo *loco citato* núm. 71. Xamar *ibid.*

(3) D. Fernando de Mendoza disput. *juris civilis* lib. 3. cap. 9. núm. 29. Rebufo á la ley *actionis verbo ff. de verborum significatione.*

ni la menor diferencia despues de la abolicion de fórmulas de que queda (4) hecha mencion.

238 La accion recisoria se daba (1) por el Pretor contra aquel que hubiese usucapido alguna cosa estando ausente. Se supone comunmente que en ella intervenian (2) dos juicios, uno rescindente en que el Pretor *ex suo officio* rescindia la usucapion, y otro rescisorio, en que removido su obstáculo por aquel oficio, se entraba en seguida con la accion á reivindicar la cosa; pero prescindiendo del error de estos dos juicios, que por una de las ignorancias del órden judicial antiguo nos apunta (3) Vinio, ello es efectivo que nuestra ley 30. tit. 29. de la part. 3. que permite la interrupcion de la usucapion del ausente, demandándole como si estuviera presente, nos facilita camino de no tropezar en esta diferencia, que tambien tendria yo por vana aun en el caso de la 28. del mismo título ú otros qualesquiera, porque nuestras leyes (4) *uno*

(4) Número 30. y 216.

(1) Justiniano en el §. 5. lib. 4. título 6. instit. *de actionibus.*

(2) Vinio en el núm. 5. de sus Comentarios al mismo §. 5. instit. *de actionib.*

(3) Vinio *ibid.*

(4) En todas las leyes del tit. 19. part. 6. y demas que tratan de la restitucion, se advierte como inútil esta diferencia de oficio rescindente y accion rescisoria, concediendo la refusion y la reivindicacion en el hecho solo de dispensar la restitucion, como lo insinúa Vinio, con relacion á las leyes civiles en el lugar que cita este número, y muy particularmente se colige de la 5.

tempore et remedio rescinden y vindican, como lo apunta (5) Vinio con referencia á las civíles.

239 En las acciones reales dice Justiniano (1), "*quod unusquisque... cum eo agit qui nullo jure ei* "*obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re* "*controversiam.. veluti si rem corporalem possideat* "*quis quam Titius quam esse affirmet, possessor au-* "*tem dominum ejus se esse dicat, nam si Titius* "*suam esse intendat, in rem actio est.*" Contra este pensamiento de Justiniano resalta desde luego este entimema; *in actionibus realibus quis tenetur restituere, ergo est obligatus*, siendo por conseqüencia falso, *quod cum eo agimus qui nullo jure nobis obligatus est.* Minsingerio al n. 10 de su comentario al mismo texto se hace cargo de él; y concediéndonos el antecedente nos niega la conseqüencia. Confiesa *quod tenetur restituere*; pero añade, que esto no obstante *non est obligatus, quia non tenetur jure actionis, sed officio judicis*, aspirándose únicamente con la accion á que se declare la pertenencia, en conseqüencia de lo qual viene la restitucion *ex æquitate* por el oficio del Juez. Tales diferencias entre la accion y este oficio, ó por decir mejor tales patrañas, agenas en mi dictámen de la sencillez del foro, y muy asimiladas á las incomprehensibles abstracciones del escolasticismo, nos harian capciosas todas las acciones reales, admitiendo, conforme á estas ideas, *quod ex suis intrinsecis* no tienen por primario y principal objeto la recuperacion de la cosa, limitándose, como lo significa la satisfaccion del Minsingerio al argumento, á una declaracion hojarascosa, inútil y sin efecto, qual lo sería indubitablemente *si ex vi sua* solo se dirigiesen ceñida y limitadamente á la declaracion, y no á la recuperacion de la cosa, que es (2) el fin primario á que termina toda accion, y aun toda diligencia judicial.

240 Los juicios de alimentos pedidos por el oficio del Juez, afirman (1) que serán sumarios, al contrario que ordinarios si se pidieren por accion; y que los pretéritos se podrán pedir si se debieren por ella, como por contrato ó testamento, mas no si solo se debieren por aquel oficio, como los de los padres á los hijos. Pero debemos advertir que los debidos por este oficio siempre van fundados (2)

tit. 19. part. 6. donde se reconoce á su núm. 7. *quod vi restitutionis*, no solo se pide que se desfaga el engaño, sí tambien que se haga entregar el menoscabo, *ibi* que le faga desfacer... é que le faga mejorar, é entregar lo que hubiese menoscabado.

(5) Vinio *ibid.*

(1) Justiniano §. 1. lib. 4. tit. 6. instit. *de actionibus.* Véase en alusion á esta el n. 111. y siguientes de estos Repasos.

(2) Cañada part. 2. de sus instit. capit. 5. n. 1. al 3. La difinicion de la Justicia que nos sienta Justiniano en el §. inicial, lib. 1. tit. 1. instit. no nos enseña que sea *jus declarandi, sed jus tribuendi*, que es á lo que se aspira con la accion, la qual no es otra cosa que un medio ó sendero por donde la justicia camina á sus fines de dar lo suyo á cada uno.

(1) Castillo tom. 8. lib. 8. cap. 4. n. 8. se opone á esta opinion contra el señor Salgado y otros que cita.

(2) Gomez n. 23. *in fine*, á la ley 50. de Toro. Castillo con otros muchos autores lib. 8. cap. 66. n. 48.

en la inopia que se supone en el demandante, que es la que ocasiona (3) su sumariedad, y que en los pretéritos ya se le considera (4) fuera de ella; naciendo de aqui, que faltándoles la calidad en que se fundan, falte tambien la obligacion; sin que entre la verdadera accion y el oficio del Juez medie tampoco en esta parte ninguna diferencia, pues si los debidos por aquella fueren estipulados ó mandados para el preciso caso de indigencia, tampoco se deberian, por la misma razon, siendo pretéritos.

241 El Estrupador sientan (1) igualmente que deberá dotar á la estrupada, por mas que se halle dotada por otra parte, porque la debe la dote por verdadera accion nacida de delito; pero que el padre no tendrá que dotarla si lo estuviere por otra via, porque solo se la debe por el oficio del Juez. El señor Gregorio Lopez, con otros escritores opinan debérsela (2) el padre por este mismo oficio, no obstante lo qual son asimismo de dictámen (3)

(3) Castillo lib. 8. cap. 19. n. 5. al 9. en que refiere la práctica de los tribunales, y cap. 4. n. 8.

(4) Castillo *locis citatis*. Cañada part. 2. cap. 2. de sus instit. n. 55. y siguientes.

(1) Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 21.

(2) Gregorio Lopez glos. 9. á la ley 9. tit. 11. part. 4. Elizondo tom. 2. fol. 125. n. 3.

(3) La ley 8. del mismo tit. 11. se halla terminante en razon de que el padre debe dotar la hija, aun quando por otra qualquier parte esté dotada. Gregorio Lopez, asi lo reconoce al n. 2. de su glos.; y Gomez al 23. *in fine*, á la ley 50. y 53. de Toro.

que se deberá dotar, aun quando por otro lado esté dotada; descubriéndose de aqui ser tambien falsa la diferencia que se pone en esta parte entre la accion y aquel oficio.

242 Otras muchas diferencias entre este oficio y la accion verdadera nos refieren los (1) autores, pero prescindo como llevo (2) insinuado de su legitimidad, para pasar al exámen de las inmensas y exôrbitantes facultades, que por seqüela, ó como parte de estas diferencias se quieren atribuir al oficio del Juez; cuyos límites, por lo que respeta á ciertos casos que sirvan como de regla para los demas, he de procurar investigar y fixar en los capítulos siguientes.

(1) Los autores referidos en el n. 237. á su cita 1.

(2) Número 237.

INDICE.

CAPÍTULO XIV.

El oficio del Juez ó accion impropia no tiene lugar en tantos casos como se opina comunmente.

243 Nuestras leyes nacieron (1) en gran parte del seno de las Romanas, y aunque por esta razon no sería de extrañar, que no obstante su sencillez, resvalasen á veces hácia alguna de sus muchas máximas de mera ritualidad, las vemos con todo desasidas con gravedad de las formalidades de sus (2) estipulaciones; de la forzosa integridad de sus (3) testamentos; de la necesidad de su (4) adicion; de muchas de sus (5) intrincadas distinciones entre las acciones útiles y directas, entre las arbitrarias de buena fe, y *stricti juris*; y de otras (6) á este modo tan inútiles como embarazosas sutilezas.

244 Á este tenor entiendo que se hallan desprendidas en la mayor parte de metafisicas y abstractas diferencias entre la accion verdadera y el oficio del Juez, no solamente en órden á la subs-

(1) Gregorio Lopez glos. 2. á ley 13. tit. 6. part. 3.
(2) Salas lib. 3. tit. 16. §. 1. *in fine*, instit. *de verb. obligat.*
(3) Salas lib. 2. tit. 14. instit. *de heredib.* instit. §. 5. 7. y 9. Febrero reformado part. 1. tom. 1. cap. 1. en su nota al n. 89.
(4) Salas lib. 2. tit. 17. §. 2. y tit. 22. §. 2. instit.
(5) Salas lib. 4. tit. 3. §. 16., y tit. 6. §. 28. y 31. instit. Cañada part. 1. cap. 5. n. 2. al fin. Febrero reformado part. 1. tom. 2. cap. 18. n. 15. en su nota 1.
(6) Salas por toda su obra de Comentarios á la Instituta.

tanciacion de los negocios ó pleytos, con los demas que quedan (1) indicados, sí tambien en razon de la misma concesion de accion propia y aquel oficio, siendo muy corto el número de casos, donde segun nuestro derecho se concede este, en comparacion de la multitud de aquellos A (2) en que se dispensaba por el civíl.

245 Esto no obstante, no es mi intencion degradar ni en el menor ápice aquel oficio, á quien (1) le son debidos altos respetos. Trato sí, ó desearia precaver las transgresiones que á su sombra se hacen á las leyes. Aun segun nuestro derecho B (2)

(1) Número 237. al 242. y n. 45. y otros de estos Repasos.
A (2) Xamar *de judiciis*, part. 1. quæst. 9. por toda ella. Olivano *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. por todo él, y su cap. adicional al fin, ó en seguida al mismo cap. 14. Acevedo, Gomez, Gregorio Lopez, y otros autores por todas sus obras.
(1) Bobadilla lib. 2. Polít. cap. 2. n. 85. y lib. 3. capit. 1. por todo.
B (2) Innumerables son los casos cuya resolucion se pone en arbitrio del Juez como anuncia Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 26., y en el cap. 21. del mismo lib. n. 147. donde afirma como queda sentado en la cita 3. del núm. 106. y en el 223. haber recopilado mas de dos mil, en que le es permitido acrecentar, ó disminuir las penas legales, á cuyo tenor se le franquean otras facultades por los autores y cuerpos del derecho, cuyo número y los elogios que se dispensan á este oficio son poco susceptibles de recopilarse, contentándome por esto con remitirme á los títulos 4. y otros de la part. 3. al 9. lib. 3. de la Recopilacion; á Matienzo part. 3.

reconozco amplísimas sus facultades, pero no por una equidad imaginaria, qual comprehendo la que en los mas de los casos se nos figura, como en general me lo insinúa el señor Castillo en el n. 18. y 19. del cap. 63. libro 5. sí solo y únicamente por dispensa voluntaria de las leyes, sin cuyo auxîlio no es otra cosa que una quimera, ó un ente de razon.

246 Estos sentimientos diametralmente opuestos á los caminos, ó como huella ó torrente comun de los autores, me precisan al exámen de dos puntos. El primero, sobre si al que carece de accion y de todo otro remedio para este ó para el otro caso que le ocurra, por no habérsele franqueado, ó por habérsele quitado por las leyes, se le podrá socorrer mediante el oficio del Juez por equidad para que no perezca su derecho, enriqueciéndose con su pérdida su colitigante ó algun otro tercero; cuyo radical conocimiento nos interesa en grande manera, para poner corte ó remedio á las gravísimas injusticias á que abre puerta franca la arbitraria ó caprichosa equidad en que le quieren fundar. Y el segundo, sobre si la restitucion *in integrum*, las causas de alimentos entre padres é hijos, las dotales, y otras muchas que suponen promoverse por imploracion del mismo oficio, se instaurarán por él, ó por verdadera accion segun nuestro derecho; cuya nocion tambien nos interesa

cap. 11. de sus Diálogos; á Bobadilla en los capit. 2. y 3. del lib. 1. y mas citados de su Política; y á los demas AA. y textos á que se remiten.

por las graves y respetables diferencias que fundada ó infundadamente, como viene (1) enunciado, nos quieren señalar ó constituir entre él y la accion verdadera.

247 Un exámen pausado, con temperamento á nuestras leyes, de todos y de cada uno de estos casos, tanto sobre el primero quanto sobre el segundo punto, seria el mas seguro camino de ponerlos en claridad; pero como los casos son casi inumerables, me haria difuso y pesado si siguiese esta idea: por esto echaré mano de algunos de los mas principales, para que lo que exponga en ellos pueda servir como de modelo ó regla á los otros; y para no confundirlos, trataré lo respectivo al primero desde el capítulo 16. al 21. inclusive, y en el 22. de lo tocante al segundo.

(1) Número 237. al 242.

INDICE.

Si por todo derecho y por opinion de los autores faltare decision para algun caso, se debe recurrir al Rey n. 251.

Axîomas sobre que por falta de accion ú otro remedio se recurre al oficio del Juez, n. 252. y 253.

CAPÍTULO XV.

El Juez por su oficio nada puede, ni contra, ni præter legem.

248 In primis dice el párrafo inicial de la Instituta al título *de officio judicis*, *illud observare debet judex ne aliter judicet quam legibus*, *aut constitutionibus*, *aut moribus proditum est*: recomiendan este importantísimo encargo otras muchas leyes; y en todo cuerpo de legislacion nacional ó extrangero se estrecha (1) vigorosamente sobre esta observancia, como que es la basa mas fundamental, asi de la felicidad pública como de la privada.

249 Un Magistrado nos señala el derecho, cuyas facultades fueron casi ilimitadas. Este fué el Pretor Romano, creado de propósito (1) para decidir las controversias, y ayudar, suplir ó corregir las omisiones de las leyes; pero sin oponerse

(1) Las leyes y autos acordados del tit. 1. lib. 2. de la Recopilacion, y de los autos acordados, con las demas concordantes que citan sus glosas. Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 32. 5. y otros por todo el capit., y al n. 3. del cap. 2. y otros de su obra.

(1) Vinio lib. 1. tit. 2. §. 7. n. 1. instit. *de jur. natur. gent. et civili.*

ni fallar jamas abiertamente contra ellas. Pues si este Magistrado, constituido de propósito para enmendar y corregir, aun no podia determinar contra la ley, ¿cómo podrán hacerlo nuestros Jueces cuyas facultades son infinitamente menores, no habiendo sido creados como aquel para juzgarla, suplirla ni enmendarla, sino para (2) su precisa custodia, advertidos de que *non de legibus*, *sed secundum leges judicandum*; y de que in primis, esto es con absoluta preferencia á todo otro respeto ó motivo, *illud observare debent*, como se ha sentado, *ne aliter judicent quam legibus*, *aut constitutionibus*, *aut moribus proditum est*?

250 Tal es la constancia de estos elementales principios que sobrepasan á toda circunstancia, no siendo dable una sola ocurrencia en que sea lícito sentenciar contra la ley. En ocasiones se desatienden sus palabras, en los casos ó exemplos que nos proponen los (1) autores; pero aqui mismo se falla

(2) Vinio lib. 4. tit. 17. §. inicial n. 3. instit. *de officio judicis* ibi *legum minister non arbitret*. y remissive á San Agustin ibi *non de legibus sed secundum leges judicare debent*. Gutierrez Practicar. quæst. lib. 4. quæst. 61. n. 14. ibi *cum leges institutæ fuerint non est liberum judicare de ipsis, sed oportet judicare secundum ipsas*. Bobadilla lib. 2. cap. 2. n. 81. y cap. 10. n. 3. y en su cita letra D. ibi *legum custodes et pervigiles defensores esse debent*.

(1) El Señor Covarrubias tom. 1. de sus Varias part. 2. cap. *possesor*. §. 6. *de bona fid.* n. 3. nos pone el exemplo de un extrangero que se presenta en los muros para defender la ciudad, habiendo ley de que incurra en

segun ella, buscando su mente (2); y aun en esta interpretacion, ó sea aplicacion de la voluntad de la ley á casos particulares, el Juez por su oficio no goza (3) mas funciones, que las de una mera

pena capital el que los suba; en este caso dicta la equidad conforme á la mente y contra la letra de la ley que no incurra en tal pena. D. Fernando Mendoza en el lib. 1. cap. 3. de sus Qüestiones civiles nos pone el de el depositario de una espada, quien no debe estar en este caso á las palabras de la ley, que manda que lo depositado se restituya incontinenti á su dueño, si este despues de depositada hubiere incidido en demencia. Castillo en el lib. 5. de sus controvers. cap. 163. n. 19. vers. *ex eisdem denique*, nos enuncia tambien que se podrá pasar contra letra siempre que resulte algun absurdo de su observancia, proponiéndonos al fin por regla general, que podemos usar de epiqueya contra las palabras de la ley en dos precisos casos, el primero quando nos consta ciertamente que la ley no obliga en aquellas circunstancias; y el segundo quando ocurriese peligro en dilatar la execucion mientras se consultase al Soberano, como lo dexo anotado con el mismo Castillo al n. 210. de estos Repasos en su cita 2.

(2) Vinio, Covarrubias y demas autores apuntados en las citas de este n. 250. y del anterior.

(3) En el auto acordado 1. tit. 1. lib. 2. de los autos acordados, y en las leyes á que se refiere se mandan guardar íntegramente todas las del Reyno; y para evitar tergiversaciones prohibe á los Jueces su interpretacion ibi á su glos. letra G. » y que en caso que en »todas ellas no haya las que decida la duda, ó en el »caso de que la haya, estando dudosa, se recurra pre»cisamente á S. M. para que la explique.» Pero esto no obstante el señor Matheu, *de re crimin. controvers.*

interpretacion, qual la puede hacer qualquier letrado ó qualquiera parte que trata de contraerla ó acomodarla á su solicitud; de manera que no solo por las leyes y principios apuntados, sí tambien por la induccion que se nos presenta constantemente en esta notoria paridad ó igualdad entre las funciones aplicativas ó interpretativas de los Jueces, letrados y partes, se podrá comprehender, quán supuestas ó quán ningunas son las facultades de los primeros para fallar contra la ley.

251 Tampoco pueden hacerlo *præter legem*; si despues de haber exâminado (1) para cada caso, con la mas constante aplicacion, todas y cada una de las leyes de nuestros cuerpos legales; si despues de haber hecho (2) lo mismo con todos los textos del derecho canónico; si des-

2. n. 40. al 42. hace demonstracion con Gregorio Lopez y otros escritores de que la interpretacion para el caso que se ventile le es permitida á qualquier Juez, ó letrado, y que solamente se reserva á S. M. la inductiva de ley ó derecho general para todos los casos de aquella especie. Esta interpretacion es la que concede ó da derecho; pero la de los Jueces ninguno puede dar, ni hacer otra cosa, como dice Vinio en el núm. 3. §. 3. instit. *de actionibus*, hablando de la de los letrados, ibi: *neque prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege interpretare, et eam quæ data erat ostendere.*

(1) Curia part. 1. §. 8. n. 13. y el auto acordado 1. del tit. 1. lib. 2. referido en el núm. anterior 250. de estos Repasos en su cita 3.

(2) Curia *ibid.* n. 14.

pues de haber verificado (3) igual indagacion sobre todas las del derecho civil, como fundadas en razon; si despues de haber recorrido (4), por falta de determinacion para el punto en todos estos códigos del derecho, los escritores nacionales que hayan hablado por exemplo de otras leyes, ó deduccion de principios; y finalmente, si despues de haber analizado, con la mas pausada y detenida reflexîon todo este cúmulo de cosas, cuya inmensidad aun solo imaginada, abisma y aterra, aun no se hallase todavía decidido el punto, aun en este estrecho y apurado caso no pueden juzgar *præter legem*; ó sin ley, ó fuera de la ley que todo es uno, y para hacerlo tienen que recurrir (5) á la ley viva, que es la voluntad del Rey, porque de otra qualquiera manera que juzgasen siempre lo harian con manifiesta oposicion á los enunciados (6) preceptos.

252 Esto no obstante se encuentran esparcidas multitud de doctrinas, que como á manera de axîomas, nos estan dictando recursos al oficio del Juez como á subsidiario remedio de equidad, ó como á medicina, ó mas bien arbitrariedad uni-

(3) Curia *ibid.* n. 14. y 15.

(4) Curia *ibid.* núm. 16. y Gomez á la ley 1. de Toro núm. 10.

(5) Gomez, *ibid.* n 10., y el auto acordado y autores que acabo de citar en el número anterior á su cita 3.

(6) Con oposicion al auto acordado que dexo sentado en la cita 3. del núm. 250. y á las demas doctrinas y leyes significadas por todo ese cap.

versal contra las disposiciones mas perentorias y mas precisas de las leyes. Tales son por exemplo (1): *ubi deficit actio ibi datur officium judicis: sublata* (2) *exceptione, nullitate, vel appellatione officium judicis non intelligitur sublatum: exclusus tempore* (3), *officio judicis non censetur exclusus: judici nunquam* (4) *concluditur*: todas las quales maxîmas, con otras coincidentes (5) tomadas como

(1) Gonzalez *in Decret.* lib. 1. tit. 32. *de officio judicis* cap. 2. n. 3. y 4. Luca. *de dot.* discurs. 161. n. 50. vers. prim. Acevedo n. 62. á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. Avendaño respuesta 11. n. 7. Vinio núm. 4. al §. 30. lib. 2. tit. 1. instit. *de rerum divis.* y en estos Repasos en su n. 108. ibi *in locum deficientis actionib.*

(2) Vancio *de nullitatibus* cap. *quis possit dicere de nullitate* fol. 83. n. 58. §. *verba* versiculo *tertia est.* Acevedo núm. 43. y 44. de su glos. á la ley 4. tit. 14. lib. 3. fol. 30.

(3) Olivan *de actionib.* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 93. Stracha *de mercatura, tractatus de fidejussoribus* n. 280. fol. 728. Mascardo *de probat.* conclus. 1230. n. 20.

(4) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 430. Elizondo tom. 4. fol. 242. n. 48. Paz tom. 1. part. 1. temp. 10. n. 15.

(5) Citadas en el núm. 180. y siguientes del cap. 9. Por mas que se hallen estampadas con mucha freqüencia todas estas doctrinas en los glosadores de nuestras leyes, como si fuesen verdades inalterables, solo pudieron estar bien en los tiempos de los Pretores, que como se sienta en los nn. 27. y 249. de estos Repasos, podian subsanar las omisiones ó defectos de las leyes; pero nos pueden conducir á graves errores quando queramos adaptarlas á nuestros Jueces, que como se sienta tambien en el n. 250. y otros de este cap. 15. no tiene facultad ni aun de interpretarlas.

se pretende èn una absoluta generalidad, son seguramente el fomes radical de multitud de reiteradas é incesantes arbitrariedades é injusticias.

253 Pero si fuesen estas maxîmas tan universalmente constantes, que á motivo de la equidad que presta impulso al oficio del Juez, nos hallásemos con ellas tan proveidos de remedios como nos lo enuncian, ¿á qué tantas acciones como vemos (1) establecidas por equidad para mitigar en ciertos y determinados casos el rigor del Derecho? Si fuesen tan seguras que pudiesen obrar contra los límites y plazos de las apelaciones y demas puntos que nos indican, ¿á qué el esmero con que se han conducido las leyes (2) en el señalamiento de términos perentorios y fatales para ellas, para la via executiva, retractos, tenutas, excepciones, y otras cosas? y finalmente si excluido por las leyes todo remedio en ciertos casos por sus particulares circunstancias, ó cerrada la puerta por exemplo á nuevas pruebas de testigos, para ocurrir al dolo, terquedades ó artificios de los litigantes, poniendo fin á las contiendas ó pleytos, y asegurando á cada uno en la quietud de su derecho, aun nos resta el arbitrio de inquietarle, excitando litigios á pretexto de la equidad en que desean apoyar aquel oficio, ¿á qué tantas y tan señaladas medidas del

(1) Justiniano en el §. 5. tit. 6. lib. 4. instit. *de actionibus*, ibi. *Quod genus actionis quibusdam et aliis simili æquitate motus prætor acommodat.* Vinio y demas comentaristas en este y en los siguientes párrafos del mismo título.

(2) Número 302. al 314. y otros.

Derecho (3) para precaver estas malicias? Todo esto está exîgiendo una crítica separada y profunda sobre cada una de estas doctrinas en los restantes capítulos.

(3) Número 290. 302. y 315. al 334. y otros muchos por todos estos Repasos.

INDICE.

CAPÍTULO XVI.

Ubi deficit actio ibi datur officium judicis.

254 Lo edificado en suelo ageno es derecho sabido (1) que cede al suelo. En amplificacion de este principio legal trata el párrafo 30. tit. 1. lib. 2. instit. *de rerum divisione*, del poseedor de buena fe, que con sus impensas y materiales hizo en terreno ageno una casa por exemplo; sobre lo qual se explica asi: *si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli.*

255 La ley concordante del Reyno 41. del tit. 28. part. 3. tratando de este punto se explica de este modo » è porque puede acaescer contienda »entre los homes, si las dispensas que asi fueron »fechas deben cobrar ò non, decimos que ante que »sea entregado de la casa è de la heredad el que »la venciese asi como sobredicho es, que sea te- »nudo de tornar al otro todas las dispensas que »hubiere fecho de nuevo en ella.»

256 En esta misma razon pregunta Vinio en el n. 4. de sus Comentarios al texto (1) referido, si perdida la posesion le quedará alguna accion para recobrarlas. Exâmina con aquel laconismo y finura

(1) Justiniano §. 26. lib. 2. tit. 1. instit. *de rerum divis.*
(1) Vinio n. 4. al §. 30. lib. 2. tit. 1. instit. *de rerum divis.*

que le es tan natural, la reivindicacion la de *tigno juncto*, y la *negotiorum gestorum*, con otras que al parecer le podrian competir; pero despues de haber resuelto que ninguna le queda, se explica de manera, que tengo por preciso transcribir su letra.

257 Dice asi: »*et constanter veteres omnes scribunt, non alio modo impensas in rem alienam* »*factas servare posse quam per retentionem, oppo-* »*sita doli mali exceptione, si res à domino vin-* »*dicetur, quam ob rem, cum hoc remedium nulli* »*alii competere possit quam possidenti, nobis non* »*licet contra manifestam rationem juris et textus* »*expresos aliud excogitare quo subveniatur etiam* »*non possidenti data scilicet ei ultro pro consequen-* »*dis impensis actione, id quæ solo æquitatis ob-* »*tentu, deficiente causa et fundamento in quo ra-* »*dicetur, per legem J. C. de leg. scilicet facilius* »*alicui instituta actione per officium* (1) *judicis* »*succurritur in eodem judicio, quam inducatur ac-* »*tio quæ non nisi ex certis principiis juris nas-* »*citur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio* »*naturalis quam inducit æquitas, tamen sola obli-* »*gatio naturalis actionem non producit nisi jure* »*civili, aut pretorio adjuvetur.*»

258 Todo esto no obstante, añade el mismo Vinio (1) que prevaleció en la práctica la sentencia de Martino glosador, que pensó acomodarle la accion útil *negot. gest.* por la ley 6. ff. *negot.*

(1) Vease sobre esto la cita 1. del n. 262.
(1) Vinio al mismo n. 4. §. 30.

gest. la 8. *de pig. action* y la 7. *soluto matrim.*, pero que estas leyes nada prueban, porque se trata en ellas de unas impensas invertidas *in re aliena tamquam aliena*, al contrario que en las del poseedor de buena fé, donde tratamos de las invertidas *in re aliena tamquam propria*, que es lo que repugna con la naturaleza de esta accion; cuyo esencial constitutivo tambien encuentro que es inadaptable al caso, segun nuestro Derecho, porque la qualidad de agena, y la inversion de buena fé como si fuese en cosa propia, son de la misma manera toda la razon de la referida ley (2) de las Partidas, para fixar la cobranza por retencion, *ibi*: »ca pues, »que hubo buena fé en ganar la cosa, é labró en »ella, asi como en lo suyo, derecho es que cobre »aquello que despendió de esta manera.»

259 Por esto tengo por mas ajustada á los precisos términos de riguroso derecho la (1) opinion de Cujacio, que quiere le competa la condicion *indebiti* para repetir la posesion, y recobrada que sea, hacerse pago de las impensas por retencion, segun lo mandan las (2) leyes; mas si estuviese la práctica como se enuncia (3) por la opinion de Martino, esta será la regla á que debemos (4) es-

(2) Referida en el n. 255.

(1) Referida por Vinio en el mismo n. 4. de sus Com. al texto 30.

(2) El texto de Justiniano, y la ley de las Partid. que al n. 254. y 255. dexo referido.

(3) Número 258.

(4) Por argumento de lo expuesto á los números 99. 136. y 171. cita 6. y otros de estos Repasos.

tar sin ser demasiadamente delicados en acrisolar las quintas esencias de las acciones por los rígidos caminos del derecho.

260 Pero yo prescindo por ahora, de la mayor, menor ó ninguna probabilidad de estas opiniones, porque esto no es de mi inspeccion en este lugar, y condesciendo por un instante con Vinio (1) en que las leyes cierran de tal manera la puerta al poseedor de buena fé, perdida la posesion, para la repeticion de impensas, que segun ellas no le queda ningun arbitrio á reclamarlas, ni por la accion *negotiorum gestorum*, ni por la condicion *indebiti*, ni por otro algun camino; ahora pregunto: ¿el querer acomodarle á este fin el oficio del Juez no sería de necesidad una notoria injusticia contra los derechos del señor del suelo, y una burla de las leyes, (2) fallando contra ellas abiertamente, ó como dice (3) el mismo Vinio *contra textus expressos et manifestam rationem juris*?

261 Parece esto innegable; pero pregunto mas, ¿todas estas violencias á las leyes y á las partes, en qué estriban ó en qué se fundan? únicamente les señala (1) Vinio por apoyo la equidad natural, *ibi*, *obligatio naturalis quam inducit æquitas*; la

(1) Con Vinio en el lugar referido al n. 256. y 257.

(2) Referidas n. 254. y 255. de estos Repasos: y por argumento de lo que exponen Gomez n. 1. á la ley 46. de Toro. Castillo lib. 5. cap. 65. n. 83. y por lo que apunto al n. 279.

(3) En el mismo lugar referido al n. 257.

(1) En el n. 257.

qual equidad, asi como es incapaz de producir accion, asi lo es tambien para franquear el oficio del Juez, como, ademas de lo que expongo en (2) otro lugar, lo califica un exemplo muy óbvio de los hijos para con las madres.

262 Las madres, que son las que se arriesgan á todos los peligros de la generacion; que sufren los mayores trabajos por la crianza de los hijos; que estan mas ciertas, por una clase de seguridad incomparablemente mayor que la que tienen los padres, en razon de si son ó no sus hijos los que se les dicen ó razonan tales; las madres, que despues de concurrir, en opinion la mas conforme, á la generacion como causa principal, contribuyen exclusiva é inmediatamente á su fomento hasta con su propia substancia: las madres, que entregadas enteramente y sin reserva ni aun de sí mismas á estos fines parecen como embriagadas ó anonadadas por sus hijos: las madres, que no calmando en estos oficios de por vida, aun para despues de su muerte los prosiguen, llamándolos al goce de todos sus bienes: estas madres, digo, ¿no parecia equitativo que gozasen ciertos derechos sobre sus labores, bienes ó personas, si no con preferencia, al menos con igualdad á sus padres?

263 No solamente parecia conforme, sino que la razon se presenta tan en su favor, que al parecer rebosa en equidad; pero pregunto: ¿los tienen por ventura, ó los podrán lograr, ya que no por accion, al menos por el oficio del Juez? ¿podrán las madres pretender, al menos por este oficio, á motivo de la enunciada equidad, el usufructo, por exemplo de los bienes adventicios, las labores de sus hijos, ú otros tales derechos reservados (1) á los padres? es manifiesto (2) que no; ¿y porqué no pueden? porque la ley no se los quiso dispensar, sin que tengamos nosotros una forzosa y absoluta necesidad de buscar otro motivo, ni de indagar el que tuvo la ley para negárselo, bastándonos saber que la ley lo quiso asi, y que faltando este impulso, son estériles (3) todos los otros en que trate de fundarse el oficio del Juez.

264 Este oficio de la misma manera que la accion verdadera, fundada, como se ha sentado (1) en equidad, forzosamente ha de ser una criatura de la ley, (2) ó bien aprobada ó producida por ella misma expresamente, conforme á la primera de las reglas (3) apuntadas en esta razon, ó bien por

(2) Número 178. y 186. y siguientes de estos Repasos.

(1) Reservadas por la ley 5. tit. 17. p. 4. y concordantes.

(2) Es evidente que no pueden, como lo sienta Villadiego al n. 33. capit. 7. fol. 308. de su Política; porque concediéndose, segun apunta Molina *de justitia et jure* tom. 1. disputatione 232. n. 2. y Minsingerio al n. 12. lib. 2. §. 1. tit. 9. instit. y la citada ley 5. tit. 17. part. 4. por razon de la patria potestad, que niega á las madres la 2. del mismo título, ni aun las labores de sus hijos pueden pretender, y si las sirvieren, aun por este servicio las podrán pedir su soldada.

(3) Número 186. y siguientes.

(1) Número 177. 178. 197. y demas del cap. 9. de estos Repasos.

(2) Número 177. 186. 196. y otros.

(3) Número 230. al 236.

argumento ó deduccion de sus palabras, segun se nos previene en la tercera. Fuera de estos precisos casos, es una quimera, es un ente de razon, á quien la equidad puramente natural (4) es incapaz de comunicarle ni la menor exîstencia.

265 Esta verdad constante, y la justa atencion que se debe profesar á la sabiduría y delicadeza de Vinio, me excita á que exâmine todavía, si aquella equidad natural, que para sus casos nos apunta (1) por fundamento, se hallará corroborada en alguna manera, ó se podrá calificar con alguna ley positiva, que elevándola á la clase de legal, pueda servir de apoyo, como se requiere (2), al oficio del Juez para los fines que propone.

266 La ley 14. ff. *de condit. indebit.* se explica de este modo: *Nam hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* y la 6. ff. *de officio præsid.*, dice asi: *illicitas exactiones... item nequis iniquum lucrum aut damnum sentiat præses provinciæ provideat.*

267 En esta última ley, y en las demas concordantes, (1) reales y civíles, no cabe duda, en que con la direccion de sus palabras hácia el Juez se le excita (2) su oficio, para que no permita que

(4) Número 178. cita 1. n. 186. y siguientes.
(1) Número 261.
(2) Número 178. 186. y otros de estos Repasos.
(1) Ley 17. y su glos tit. 34. part. 7. ley 19. tit. 32. part. 3. n. 3. Ley 13. ff. *de officio præsidis*, con las demas apuntadas al n. 236. de estos Repasos en su cita 4.
(2) Número 232. y 236. cita 3.

nadie se enriquezca con pérdida de otro; pero pregunto: ¿este ú otros tales preceptos generales de equidad serán capaces de obrar contra otras leyes específicas? es evidente que no, constándonos por principio (3) invariable, *quod in toto jure, generi per speciem derogatur*; y tambien lo es, por conseqüencia de esta suprema máxîma, que las leyes escritas en género, por mas equitativas que aparezcan, jamas pueden obrar (4) contra las específicas, aun quando se presenten con aspecto de rigor ó dureza.

268 Y si á esta sabia y profunda máxîma no se la mirase con todo el respeto de verdad inalterable; ¡qué buelco, qué trastorno no experimentariamos en las saludables miras de la legislacion! si á pretexto de equidad aunque legal, pero genérica, debilitásemos las leyes específicas, dictadas, no solo con una sabia cordura para el caso de que tratan, sí tambien con muy anticipada prevision de aquella misma equidad de la ley ó precepto general: ¡qué transformacion tan terrible no nos amenazaba, convirtiendo en confusion y desórden toda la tranquilidad en que nos conserva la sumision á ellas! pondriamos en perplexidad, ó dariamos en tierra con toda solemnidad testamentaria, como opuesta á la verdad que se debe suponer, en la asercion de dos ó tres testigos, con toda vinculacion ó mejora entre los hijos, como contraria á la igualdad de filiacion, con todo testamento como repugnante

(3) Ley 80. ff. *de advers rei. juris.*
(4) Número 190. 279. y otros.

á los limites, que parecen puestos por la naturaleza, para que el uso, disposicion ó dominio de las cosas no se extienda mas allá de la vida; y generalmente con todo privilegio, todo retracto, toda prescripcion, todo contrato entre menores, ú otras tales personas, y con todas ó con casi todas las disposiciones mas justas, y mas sabias, como opuestas al parecer á otros preceptos ó leyes generales de equidad.

269 La equidad de tales leyes ó preceptos generales es una equidad improbada (1) para el punto ó caso de las específicas, y por consiguiente es desatendible *in concreto*. Todas las leyes, aun las mas urgentes ó mas necesarias al bien de la sociedad, nos podrian suministrar convencimiento á esta verdad; pero para no dilatarme, la voy á hacer patente con el exemplo únicamente de las usucapiones y solemnidades de los testamentos.

270 Estas leyes todas estan fundadas (1) en razon y equidad, para que no pendan en incierto los dominios, ocasionando desidias, discordias, y otros males; y para que no se violente la voluntad de los difuntos, en ocasion en que habiendo faltado ellos, no queda otro arbitrio para conocerla seguramente que el de una prueba muy circunstanciada y solemne, qual es la de los testamentos. Promúlganse pues estas leyes específicas; y al mismo tiempo de su promulgacion se advierte que

(1) Número 279. 190. 314. y otros.
(1) Ley 1. tit. 29. part. 3. Vinio y Salas en el n. 3. §. 4. tit. 10. y §. inicial n. 4. tit. 6. lib. 2. instit.

otras leyes (2) generales depositan su confianza en el Juez, para que no permita que nadie se enriquezca con pérdida de otro, ni tolere ganancias ilícitas, pareciendo por esto que en aquel momento ya le llegó su caso, para que en cumplimiento de este encargo interponga su oficio, á efecto de evitar al dueño de la cosa la pérdida de su dominio con lucro del usucapiente, ó al heredero del testamento informe la pérdida de la herencia, contra la voluntad del difunto y en lucro de el del solemne.

271 Pero ¿á quien habrá ocurrido un tan notable despropósito como el de imaginar que la usucapion ó testamentos se puedan *trastornar* por el oficio del Juez, á virtud ó so pretexto de aquellos ú otros tales generales preceptos de equidad? Nadie lo ha pensado, porque nadie ignora que las usucapiones y solemnidades de los testamentos fueron establecidas con prevision de aquellos preceptos, superando mucho mas en la fiel y sabia balanza de las leyes específicas las causas y motivos de su promulgacion, que las de las otras leyes generales, cuya equidad para en sus casos quedó improbada (1) por ellas, haciéndola desatendible.

(2) Citadas al n. 266. al 267. y otros.
(1) En la usucapion la equidad de que nadie pierda su dominio se imprueba por las leyes, como se ha insinuado al n. 270. por evitar la incertidumbre del dominio con los males que de aqui dimanan; y la equidad natural que resulta en favor del heredero del testamento, informe por no tener mas de dos testigos, como apunta el Vinio al lugar citado, tambien quedó im-

272 Ahora pues, si las leyes específicas disfrutan inqüestionablemente sobre las genéricas de una tan importante preferencia á beneficio de la sociedad en comun y en particular, que el momento de su decadencia sería de necesidad el del exôrdio fatalísimo de la incertidumbre del dominio, desaplicacion, discordias y mas males ya indicados: ¿cómo se podrá pensar en eludirla so pretexto de equidad por el oficio del Juez, que no siendo mas que un mero custodio (1) de las leyes para precaver aquellos daños, solo debe tratar de su observancia?

probada por evitar fraudes, de forma que por ninguna de ellas se puede interponer el oficio del Juez, como lo demuestro en el n. 279. 190. 314. y otros.

(1) Número 249. de estos Repasos en su cita 2.

ÍNDICE.

CAPÍTULO XVII.

Omnibus remediis sublatis officium judicis non censetur sublatum.

273 Es doctrina sentada (1) con uniformidad por los jurisconsultos, que por esta cláusula ó axîoma general *omnibus remediis sublatis*, no se entienden prohibidos aquellos remedios que competen por leyes ó derecho especial. Por conseqüencia ó en amplificacion de esta máxîma, opina Guiurba (2) con remision á Perez, á Cevallos, á Menoquio, y á otra multitud de autores, "*quod ubi omnia exclusa à lege sunt remedia, officium judicis non est exclusum... et si statutum dixerit quod nullum competat remedium in integrum restitutio prohibita nec erit... est namque in integrum restitutio favorabile remedium, et indubio semper concedendum... idque verum est licet legis aut statuti verba sint quantumvis generalia, et precisa... maxime quod beneficium hoc cum sit in corpore juris clausum, per quamvis generalem dispositionem minime sublatum cen-*

(1) Castillo lib. 5. cap. 89. n. 149 y cap. 95. n. 44. Guiurba tomo 1. decision 67. n. 1. Escacia de *appellationib.* quæst. 16. limit. 1. n. 48. y 49. fol. 259.

(2) Guiurba *ibid.*

setur... nisi de restitutione in integrum specialis facta sit mentio.»

274 Estas cláusulas *quamtumvis generalia et nisi specialis facta sit mentio*, son seguramente demasiado absolutas; y de la verdad positiva de esta proposicion nos hallamos por decontado con un texto decisivo en el párrafo 1. de la ley 4. tit. 17. lib. 4. de la Recop. que dice asi: »mandamos que »todos y qualesquier negocios en que conforme á »las leyes de estos Reynos, de las sentencias da»das por el nuestro Consejo y Oidores de las nues»tras Audiencias, non ha lugar suplicacion, se »entienda asimismo no haber lugar á alegarse, ni »oponerse de nulidad, aunque se diga y alegue »ser de incompetencia ó defecto de jurisdiccion, ó »que de ellas notoriamente conste del proceso y au»tos de él, ó en otra qualquier manera, ni para »impedir la execucion de tales sentencias, ni para »que despues de executadas se pueda tornar al »pleyto; y que por las dichas sentencias se en»tiendan ser acabados y fenecidos los dichos pley»tos, sin que se puedan tornar á mover ni susci»tar, ni tratar en manera alguna.»

275 Todas las frases mas expresivas de nuestro idioma le parecian inadequadas y cortas á esta ley, para significarnos la firmeza de su voluntad, sobre que con las enunciadas sentencias se acabasen tales pleytos, sin que por ninguna via se tornasen á mover; mas sin embargo de toda su amplitud y energía, ello es efectivo que no nos hace una mencion específica de la restitucion *in integrum*; y esta sola razon ocasionó varios pleytos, que por ser en gran daño de la causa pública, segun lo expresa la 11. del mismo tit. y lib. motivaron su promulgacion, declarando terminantemente, que en las palabras y disposicion de la 4. quedó comprehendido y quitado aquel remedio, para que por aquella via no se pudiesen tornar á mover; de forma que á la vista de esta ley ya nos es inqüestionable la falsificacion de la amplificacion del referido (1) axìoma, puesto que, aun segun nuestros (2) prácticos, se promueve la restitucion *in integrum*, como remedio especial por el oficio del Juez.

276 Pero aun se requiere que meditemos mas el punto con respeto á otros preceptos coincidentes, en que tratando los autores de dilatar su oposicion á las leyes, por el mismo oficio las combaten todavía á rostro firme; sobre lo qual refiere (1) Escacia, con otros prácticos por de comun opinion, *quod remota omni exceptione non est sublatum officium judicis... quia si cetera remedia deficiant, ideo quæ quis locupletetur cum aliena jactura, tunc forsam officium judicis non intelligeretur sublatum sed consessum in ultimun subsidium.*

277 Esta doctrina ú opinion comun, apadrinada ó sostenida en los referidos (1) axìomas, no puede producir otros efectos que los lamentables de confusion y anxìedad, aun sobre los

(1) De la amplificacion sentada al n. 273.
(2) Por nuestros Prácticos, como se sienta en el n. 339.
(1) Escacia *de appellationib.* quæst. 16. limitatione 1. n. 48. y 49. fol. 259. y en estos Repasos en la cita 3. de su n. 303.
(1) Número 252. 180. 273. y otros de estos Repasos.

preceptos mas elementales y decididos.

278. Admitida por exemplo una herencia sin beneficio de inventario, podrá ocurrir que los legatarios y demas acreedores se locupleten ó se enriquezcan con pérdida del heredero, si importasen las deudas ó las mandas *ultra vires hereditarias*, cuya excepcion, con todas las demas alusivas á esto, le estan quitadas á este tal heredero que (1) despreció aquel beneficio: prohibida la apelacion ó nulidad en los casos de las leyes que cito en otro (2) lugar ó en otros qualesquiera, podrá ocurrir lo mismo, porque el que estaba condenado en la sentencia, tal vez hubiera sido absuelto despues en la otra instancia si no se le hubiese prohibido, justificando en ella su derecho mejor que en la anterior: negada la admision de mas testigos, por pasado el término de prueba, tambien tocamos (3) en el mismo escollo, porque el que solicitase presentarlos corrido aquel término, acaso hubiera proporcionado con ellos mas completa su probanza, en la accion de *tigno juncto*, en la *pauliana* ó *rescisoria*, en la *juris-jurandi*, y en la *rei judicatæ* nos hallamos con el mismo tropiezo; y en una palabra son pocas las leyes donde del favor ó derecho dispensado á uno por pública utilidad, no resulte ó pueda resultar á otro algun detrimento; de manera que

(1) Salas n. 6. y 7. al §. 5. lib. 2. tit. 19. instit. *de heredum qualitate et diferentia.*
(2) Número 281. y siguientes, y n. 290. y siguientes.
(3) Número 319. refiero la ley que niega esta admision.

si al oficio del Juez, por aquel ó por otros generalísimos é incircunstanciados principios de equidad, apuntados por la (4) comun opinion, le diésemos entrada en los casos indicados ú otros tales, he aqui trastornados á un solo golpe todos los fines de las leyes, é inundados nosotros en pleytos interminables, y otros tremendos males.

279. La absoluta insuficiencia de aquel oficio para el efecto (1) expresado, es el objeto principal que me he propuesto demostrar en los quatro capítulos siguientes. Por esto no tengo por preciso detenerme mas en éste, cerrándole desde luego con la importantísima doctrina de un célebre Jurisconsulto (2) Florentino, que nos advierte con Baldo, y con otros expositores »*quod removere exceptionem de jure communi competentem nihil alliud est quam actum in favorem creditoris validiorem redere: Verum si creditor officio judicis excludi, vel removeri posset, utique actus ille validior non esset: nam tunc officium judicis ex æquitate implorari potest quando æquitas non est improbata... verum quando exceptio ab statuto sublata est, æquitas dicitur ab statu improbata; ergo ex æquitate procedere vel oriri non potest, et ideo si quis remedio officii judi-*

(4) Apuntados por la comun opinion que dexo insinuada en el n. 276. y por los demas coincidentes apuntados en la cita única del n. 277. y en los números 266. 267. y otros de estos Repasos.
(1) Al efecto expresado en el n. 278. de darle entrada contra las leyes: de esto trata todo el cap. 15.
(2) Asimismo Prác. *judiciorum* cap. 33. §. 31. n. 2. y 3. fol. 368.

cis uti vellet, remedio improbato uteretur, unde ex consequenti id facere non potest.

ÍNDICE.

CAPÍTULO XVIII.

Sublata nullitate officium judicis non censetur sublatum.

280 Vancio *de nullitatibus*, dice con otros escritores (1) sobre la materia de este capítulo, *quod quidquid sit statutum seu dispositio tollens actionem vel exceptionem nullitatis officium judicis numquam tollit, et propterea ex nullitate gravatus et persimilia statuta exclusus, semper ad judicis officium recurrere poterit.*

281 La ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion prohibe que se diga de nulidad por omision de las solemnidades del órden judicial, como por exemplo (1), por no haberse leido la sentencia por el mismo Juez de la causa. Al carácter del oficio del Juez, todo fundado (2) en equidad, le es repugnante el proteger la nulidad en estos casos, poniéndose de parte de unas formalidades de mera sutileza, que la misma ley 10. trató de abolir, como opuestas á la sencillez con que se debe buscar la verdad en los juicios, ocasionándose y alargándose por ellas multitud de pleytos que arruinaban las familias, *ibi*: »por lo qual suelen los Jueces dar los pleytos por ningunos... y asi los pleytos se alargan, de que viene gran daño á las partes, por ende establecemos... que los determinen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos, y las sentencias que en ellos dieren, por las razones dichas no dexen de ser valederas:» luego es manifiesto, que en los casos de esta ley, en que por los medios ordinarios ó de accion se prohibe decir de nulidad por omision de

(1) Vancio *de nullitatib.* cap. *quis possit dicere de nullitate* n. 58. §. *verba* vers. *tertia est*, folio 82. Con esta doctrina de Vancio coinciden las del n. 303. y las del n. 252. 276. con otras de estos Repasos.

(1) La misma ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. en su glos. letra G. pone este exemplo.

(2) Número 179. 180. y 177. 178. y 186. de estos Repasos.

las solemnidades de mera sutileza, tampoco podrá decirse por el oficio del Juez.

282 Menos se podrá recurrir al auxîlio de este oficio en los casos de la 4. del mismo título y libro, donde el remedio de nulidad ú otro qualquiera en las sentencias del Consejo y Audiencias se prohibe con tanta amplitud, que aun se desatiende la notoria ó de defecto de jurisdiccion, y general é indistintamente todo otro qualquier camino de invalidarlas, por especial y privilegiado que sea, segun lo dexo (1) demostrado en el capítulo anterior.

283 Y aun en la 2. del mismo título, no obstante no producirse con tanta amplitud sobre la exclusiva de todo remedio, disponiendo lisa y llanamente que no se pueda decir ni alegar nulidad de nulidad, tambien es evidente que tampoco tiene entrada á aquel oficio: trata esta ley en su primera parte del tiempo en que se pueda decir de nulidad, y despues de haber señalado al efecto sesenta dias, prosigue disponiendo que dada que sea sentencia sobre si hay ó no hay nulidad, »que contra esta sentencia no pueda alguna de las partes »decir que es ninguna; mas que pueda apelar ó »suplicar de ella... y esto porque los pleytos hayan fin.» Este importantísimo objeto de poner fin á los pleytos, ¿quándo ó cómo seria asequible si contra la terminante prohibicion de esta ley se pudiere, ya que no por accion ó remedio ordinario, al menos por este medio indirecto del oficio del

(1) Número 274. y 275.

Juez *ne jus partis pereat*, ó por otros tales motivos de equidad, alegar ó decir de nulidad de la sentencia en que se declare que no la hay? es evidente que jamas, porque el descubrimiento de la verdad, único objeto de todas las indagaciones judiciales, casi siempre nos es (1) inaccesible en un punto ó grado de demostracion ó evidencia, y el innato conato de tocarla en aquel grado, ó acaso otros menos rectos como los de dilatar ó molestar á los colitigantes, nos haria decir de nulidad de esta misma sentencia proferida por aquel oficio, diciendo luego lo mismo de la que entonces recayese, puesto que, no estando demostrada patentemente la verdad ó justicia, todavía estaba instando la misma equidad, y asi sucesivamente nos iriamos llevando de sentencia en sentencia, por un órden progresivo, que haria inmortales ó perpetuos los litigios.

284 Si fuere notoriamente nula la primera sentencia en que se declaró sobre la nulidad, por constar de los autos haberse proferido sin citacion ó por otra semejante razon, de esta tal sentencia no se prohibe en dicha (1) ley segunda el usar de este remedio, porque esta nulidad notoria por defecto de citacion, sobre provenir del derecho (2) natural, inalterable por el Príncipe, sobrepasa á

(1) Número 209. 278. y otros.

(1) En dicha ley 2. citada en el n. 183. Elizondo tom. 6. fol. 149. n. 1. y tom. 1. fol. 255. n. 2.

(2) Curia part. 1. §. 12. n. 1. y 2. Acevedo á dicha ley 2. tit. 17. lib. 4. n. 37. y en el n. 91. de estos Repasos en su cita 4. y 5.

la simple, que es de lo que trata (3) la ley quando dispone lisa y llanamente que no se pueda decir que es ninguna; y como que es ley prohibitiva y correctoria la debemos (4) restringir á esta, sin extenderla á la notoria: si fuere injusta, tambien se podrá apelar, como se previene en la misma ley, y ademas porque este remedio es distinto de el de nulidad, y como tal prohibido que sea el uno, no se entiende (5) prohibido el otro; y aun en apoyo de la apelacion tambien se podrá alegar *incidenter* la misma nulidad, como de la súplica se sienta en el párrafo 2. de la ley 4. que queda (6) referida en su párrafo 1. por lo respectivo á las sentencias del Consejo; pero no se podrá hacer *principaliter* ó separadamente. Y si la tal sentencia fuere contra un menor, tampoco cabe duda en que se podrá instaurar la restitucion *in integrum*, por la misma razon de que siendo este remedio distinto de el de nulidad, quitado el uno, tampoco se entiende prohibido el otro.

285 De aqui y de lo demas expuesto por todo este capítulo se deduce en evidencia, que el

(3) La dicha ley 2. referida al n. 283. Vancio *loco citato* n. 34. vers. *et non*; y n. 41. 49. y otros.

(4) Paz tom. 1. part. 6. *in prohemio* n. 16. Castillo lib. 5. cap. 125. n. 7. Elizondo tom. 6. fol. 148. n. 1.

(5) Vancio *loco citato* n. 33. Acevedo n. 42. á la 4. tit. 14. lib. 3. Recop.

(6) Número 274. y Acevedo n. 12. á esta ley 4. tit. 17. lib. 4. Recop. sienta que *incidenter* se puede alegar la nulidad quando haya lugar á súplica, porque por esto no se alargan los pleytos.

exámen del referido (1) axîoma *sublata nullitate officium judicis non censetur sublatum*, le debemos ceñir á la misma nulidad considerada por sí sola; esto es á los precisos y limitados términos, de si quitada ó prohibida la nulidad por dicha (2) ley 2. ó por otra qualquiera lisa y llanamente, se podrán suplir sus efectos ó su falta por el oficio del Juez, fundado en equidad, declarando insubsistente la sentencia, como se declararian sus casos si no hubiese habido la tal prohibicion.

286 La omision de las solemnidades pertenecientes indubitablemente á la substancia del juicio, como la citacion (1), siempre y en todo tiempo ha producido y produce nulidad notoria; pero la inobservancia ó la omision de aquellas que solo probablemente pertenecen á la misma substancia, como la (2) publicacion, aunque en esta opinion

(1) Referido al n. 280. en el epígrafe 6 proporcion de este capítulo.

(2) Referida al n. 283.

(1) Covarrubias Práct. quæs. cap. 23. n. 6. y al n. 65. y 284. de estos Repasos.

(2) En los números 78. al 84. de estos Repasos dexo apuntada la diversidad de opiniones sobre si la publicacion pertenece ó no á la substancia del juicio; y esta misma diversidad ocasiona bastante ofuscacion para que por su omision no se castigue la sentencia de notoriamente injusta, como lo insinúa el señor Elizondo tom. 6. fol. 148. n. 1. y 3. pero si ocasionará la simple, en la opinion de que pertenece á la substancia, si las partes pidieren su observancia como manda dicha ley 10. tit. 17. lib. 4.

ocasionase la simple ó no calificada de notoria ya en el dia no la causa, á no haberse pedido su observancia por alguna de las partes, como lo dispone la ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion.

287 Supongamos ahora, que en el juicio sobre nulidad de una sentencia aparece y consta del proceso que se omitió la citacion; no cabe duda en que su sentencia notoriamente será nula, y que como tal podrá reclamarse sin que la (1) referida ley 2. le sirva de obstáculo: supongamos tambien por el contrario, que la citacion no fué omitida, sino que solo se omitió la publicacion, habiéndose pedido por alguna de las partes, tampoco puede haberla, segun la opinion que acabo (2) de insinuar, en que la sentencia que recayese solamente contendria una nulidad simple ó no calificada de notoria, y que de ella se podrá decir de nulidad por un derecho ordinario conforme á la ley 10. que acabo (3) de citar; pero como esta es una ley general, no se extiende (4) al caso de la segunda de que se viene tratando, porque esta (5) ley 2. contiene su determinacion específica para el juicio de nulidad, el qual por esto es evidente que ni aun

(1) Número 283.
(2) En el n. anterior á su cita 2.
(3) Que acabo de citar al fin del n. 286.
(4) Acevedo n. 59. de su glosa á la ley 10. tit. 17. lib. 4. y al n. 104. de su glosa en la rúbrica al tit. 2. lib. 6.
(5) Contiene su determinacion específica como queda referido al n. 283.

por omision de esta solemnidad, se podrá instaurar por un remedio ordinario.

288 Ahora pregunto: ya que por este remedio no se puede impugnar la tal sentencia, ¿se podrá al menos por el subsidiario del oficio del Juez *ne jus partis pereat, et nequis locupletetur cum alterius jactura*, ó por otros tales motivos de equidad? las doctrinas que llevo (1) referidas parece que lo dan por sentado; pero si estas fuesen ciertas, ¿qué fruto sacaria la ley al efecto que se propuso (2) de cortar los pleytos? si tambien se propuso la mira, segun lo he significado en otro (3) lugar hablando de las excepciones, de asegurar á la parte que obtuvo la quietud de su derecho, ¿qué beneficio la resultaria pudiendo inquietarla por el medio indirecto del oficio del Juez? si este oficio solamente se puede fundar en una equidad (4) justa, ¿qué equidad encuentra aqui donde no se halla otra (5) que la reprobada por la ley para este caso? y últimamente, el derecho á decir de nulidad por omision de tales solemnidades establecidas por el derecho positivo, ¿no es un remedio concedido por las leyes? es evidente (6) que sí: luego si las mis-

(1) Número 280.
(2) Referida al n. 283. *ibi*, y esto porque los pleytos hayan fin.
(3) Número 279.
(4) Número 279. y 186. 178. y otros.
(5) Otra que la improbada por la misma ley 2. referida al n. 283. y por argumentos de lo expuesto al citado n. 279. 271. y otros.
(6) Vancio *de nullitatib. ex defectu processus* n. 48. dice

mas leyes que le establecieron exceptúan el caso ó juicio de la referida (7) ley 2. ya para con él es manifiesto que no exîste tal derecho, como si jamas le hubiese habido; y que el oficio del Juez que se pusiese de su parte en aquel caso, ó en otros qualesquiera semejantes, no solo auxîliaria una equidad reprobada, como se acaba de sentar, sí tambien un derecho inexîstente, y puramente imaginario.

ordo non attenditur nisi ubi à lege præfixus est ut vitiet: con lo qual va conforme Acevedo n. 3. á la ley 10. tit. 6. lib. 4. donde sienta que para que una solemnidad sea de substancia del juicio, no basta que se establezca por la ley, si no se establece de manera que se anule por su omision.

(7) Referida al n. 283. *ibi*, no pueda alguna de las partes decir que es ninguna.

ÍNDICE.

Apellatione sublata an officium judicis censetur sublatum: *este axîoma se exâmina por todo este capítulo.*

La apelacion es remedio de derecho positivo, reducido á que se oiga al agraviado en diversos juzgados, n. 289.

La apelacion se niega unas veces de la primera sentencia, otras de la segunda, y otras de la tercera, estableciéndose ademas otras varias diferencias sobre este punto, n. 290.

Si se diera lugar al axîoma de este capítulo, sublata appellatione officium judicis non censetur sub-

latum, *toda la vigilancia de las leyes sobre este punto quedaria frustrada*, n. 290.

Quatro remedios nos propone Paz para el caso de haberse prohibido la apelacion, el primero el de querella, el segundo el de súplica, el tercero el de restitucion, y el quarto el de injusticia notoria, n. 291. *y* 292.

Estos tres últimos remedios no vienen á propósito, porque su injusticia siempre se reviste con ciertas qualidades, opuestas al objeto de la apelacion, que no es otro que la correccion de la injusticia simple, n. 293. *al* 296.

El quarto remedio que es el de querella ¿si se promueve ó no por el oficio del Juez? n. 297 *y siguientes.*

La palabra querella, quál es la significacion que tiene en nuestras leyes, n. 298.

En ningun sentido son remedios acomodados, ni la querella, ni el oficio del Juez para reparar los efectos de la aplicacion quitada que sea por la ley, n. 299. 300.

No hay otro remedio para subsanar en este caso sus efectos, que el de un recurso á S. M., n. 301.

Querella en falta de apelacion es un remedio peculiar de la Real Chancillería de Granada para ciertos casos, y solamente por estilo, n. 301.

CAPÍTULO XIX.

Appellatione sublata officium judicis non censetur sublatum.

289 La apelacion es (1) un remedio que se reviste de la qualidad ó derecho de defensa, pero no de una defensa del derecho (2) natural, sino del humano y positivo, en que el Soberano puede arbitrar: de derecho natural es (3) el que el reo sea oido, pero el que lo sea en diferentes tribunales ó juzgados, que es el (4) peculiar constitutivo de la apelacion, esto corresponde á la forma y solemnidades, en que no se entromete el derecho natural (5), dexándolo á la disposicion del positivo.

290 De aqui dimanan tantas diferencias y limitaciones á la regla general (1), en que se nos enseña, que de toda sentencia difinitiva se puede interponer apelacion, y de toda tal sentencia se de-

(1) Covarrubias Práct. quæst. cap. 23. n. 6. Acevedo n. 34. á la ley 4. tit. 14. lib. 3. Recop.

(2) Covarrubias *ibid.* Paz tom. 2. part. 5. cap. único, n. 1. y 2.

(3) Paz *ibid.* n. 2. in fine.

(4) Ley 1. tit. 23. part. 3. *ibi*, recorriéndose á enmienda de mayor Juez, Paz tom. 1. part. 6. in proem. n. 3. Curia part. 5. §. 4. n. 1.

(5) Paz tom. 1. part. 6. in proemio n. 6. y tom. 2. part. 5. cap. único n. 2. in fine. Acevedo n. 34. á la ley 4. tit. 14. lib. 3. Recop.

(1) Paz tom. 1. part. 6. in proemio n. 17. al 23. Curia part. 5. §. 1. n. 18.

be admitir, pues observamos que á veces una (2) se pasa en autoridad de cosa juzgada, haciéndose inmediatamente inapelable; que en otras se necesita (3) de dos; y finalmente que de tres (4) sentencias conformes por todo derecho se ha negado apelacion; notándose ademas que la apelacion se prohibe en unos (5) casos estando conformes las sentencias, en otros (6) aun sin estarlo; en unos (7) se admite en el efecto devolutivo solamente, en otros en el devolutivo y suspensivo; en unos (8) se mandan executar baxo de fianzas, en otros (9) sin ellas; y finalmente se advierte que proceden las leyes con tanta individualidad en esta razon, atemperándose á las circunstancias y naturaleza de los asuntos, que hace esto evidencia del esforzado conato con que se han dedicado á la meditacion de esta gravísima materia, en que su vigilancia y loables é importantísimas miras de poner fin á los pleytos, con las demas de igual ó superior aten-

(2) Ley 5. tit. 19. lib. 4. Recop. á su glos. letra B. ley 16. tit. 23. part. n. 10.

(3) Ley 5. tit. 5. lib. 7. y ley 52. tit. 4. lib. 2. Recop.

(4) Ley 25. tit. 23. part. 3. y ley 5. tit. 17. lib. 4. Recop.

(5) Cañada part. 2. instit. cap. 4. n. 7.

(6) Cañada *ibid.* n. 6. y 7.

(7) Elizondo tom. 6. fol. 104. n. 14. y siguientes. Febrero lib. 3. cap. 2. n. 5. y en estos Repasos n. 300. cita 3.

(8) Febrero lib. 3. cap. 2. n. 5. Cañada part. 2. instit. cap. 11. n. 4. y siguientes, y cap. 5. n. 42.

(9) Febrero, Cañada, y Elizondo *ibid.*

cion que nos indican, quedarian seguramente burladas, si admitida aquella violentísima máxîma (10) *sublata appellatione officium judicis non censetur sublatum*, reviviesen por el medio indirecto de este oficio aquellos mismos pleytos que por ellas, procediéndose con tan pausada y profunda meditacion, se dan por fenecidos con una, dos ó tres sentencias, como lo acabo de significar.

291 Pero exâminemos si para tal arbitrariedad, ó si para tal máxîma ó doctrina ofrecen nuestras leyes alguna márgen. Pregunta Paz en el tom. 2. part. 5. cap. único, número 1. de su Práctica, si la apelacion siendo defensa de derecho natural se podrá quitar por el Príncipe; y enunciándonos los varios sentidos ó explicaciones que se podrian acomodar á este justo reparo, resuelve por último que bien puede quitarla, *quia sublata appellatione per legem vel Principem non censetur sublata gravato, omnimoda defensio, cum recursum habeat ad superiorem per viam querelæ, et etiam per viam suplicationis, et etiam per viam restitutionis, quinimo tunc gravatus appellare potest si manifeste gravetur, nam tunc appellatio non censetur sublata.*

292 Quatro remedios nos presenta Paz en estas pocas palabras; el primero el de querella, el segundo el de súplica, el tercero de restitucion, y el quarto de injusticia notoria, pero si los meditamos con aquella detenida atencion que requiere la gravedad de estas materias, á todos los hallaré-

(10) Aquella máxîma que es el axîoma ó proposicion de este capítulo 19.

mos inútiles é incongruentes al efecto, no habiendo en realidad (1) otro camino para subsanar la falta de apelacion, quitada ó prohibida que sea por la ley, que el de un recurso á S. M. para que se digne dispensarla en el caso de que se trate; sobre cuya demostracion entiendo yo que me debo detener, para que la generalidad con que los propone Paz no nos equivoque, sacando partido la arbitrariedad de esta su indistincion.

293 Estos tres últimos, súplica, restitucion, y notoria injusticia, son enteramente distintos de el de apelacion, teniendo lugar únicamente en casos muy diversos, en que por lo tanto, removida que sea ésta, es (1) doctrina inconcusa que no se entienden prohibidos aquellos, como que sus objetos y motivos son diferentes. La súplica solamente le tiene en (2) ciertas y determinadas causas ó sentencias de tribunales superiores; la restitucion (3), concurriendo con el menoscabo, ó daño ú otro motivo legal, la menor edad ú otra justa causa, y la injusticia notoria, quando la contuviere la sentencia, por ser (4) abiertamente contra ley expresa ó padecer otro tal vicio.

(1) Asi lo deduzco en los números 300. y 301. por conseqüencia de lo expuesto por todo este capítulo.

(1) Vancio *de nullitat.* cap. *quis possit ducere de nullit.* n. 33. Acevedo á la ley 4. tit. 14. lib. 3. Recop. n. 42.

(2) Curia §. 4. n. 1. Elizondo tom. 6. cap. 14. n. 5. y 6. fol. 203.

(3) Elizondo tom. 6. fol. 224. n. 1. Cañada part. 1. de sus Instit. cap. 9. n. 19. y otros.

(4) Elizondo tom. 6. fol. 149. n. 3. y siguientes. Van-

294 Pero el remedio de apelacion no requiere de necesidad ninguna de estas calidades, bastándole que contenga la sentencia una injusticia simple, ó no revestida con ellas, como en el caso que nos propone (1) Vinio sobre prestacion de usuras, ó en los que nos apuntan los autores y leyes (2) sobre las sentencias condicionales, condenacion de costas, ú otros tales en que solamente se ofenden los derechos de las partes.

295 Supongamos ahora proferida una sentencia por un Juez inferior; no cabe duda en que no tiene lugar el remedio de súplica, pues que no fué dada por Tribunal superior: supongamos tambien que esta misma sentencia no terminaba hácia las cosas de ningun menor, ni contenia otra justa causa de restitucion; tampoco la puede haber en que no le cabe este remedio: y supongamos asimismo, que ni era contra ley expresa, ni contenia otro tal vicio que la calificase de notoriamente injusta; y menos puede haberla en que ni este remedio de la injusticia notoria la puede competir.

296 Pues en estas circunstancias, ó á la vista de estos antecedentes metódicos, que son los precisos términos en que se debe analizar este punto, supongamos todavía que esta misma sentencia con-

cio *de nullitatib.* cap. *de nullitate ex defectu processus*, n. 118. fol. 537.

(1) Vinio lib. 4. tit. 17. n. 4. §. inicial instit. *de officio judicis*.

(2) Ley 14. tit. 22. part. 3. y su glos. n. 1. Paz tom. 1. part. 1. temp. 4. n. 37. Febrero lib. 3. cap. 1. n. 496. y 498. Vinio *ibid.*

tenia solamente una injusticia simple, (1) que es (2) el peculiar objeto á cuya enmienda termina la apelacion, y que ésta la estaba quitada por la ley.

297 No cabiendo pues ni la menor duda, en que en este caso, para la correccion de esta injusticia simple, no puede tener lugar la apelacion por estarla prohibida como lo acabo de suponer, y que para su enmienda tampoco la pueden sufragar ninguno de los otros remedios, súplica, restitucion, y notoria injusticia, por faltarla (1) las calidades en que se fundan, resta que exâminemos, si segun nuestro derecho la podrá competir el de *querella*, que es el otro de los quatro que nos propone (2) Paz, y en que suponiéndose, como se sienta por los (3) autores, que la querella se promueve por el oficio del Juez, ya tocamos apoyada la proposicion ó axîoma de este capítulo, *sublata appellatione officium judicis non censetur sublatum.*

298 El sentido en que, segun el uso comun y freqüente de nuestras leyes, se toma esta palabra *querella*, es tan ámplo y genérico, que se extiende á denotar qualquiera pretension judicial: en la 18.

(1) Una injusticia simple qual es la que señalo al número 294.

(2) Vinio n. 4. §. inicial, tit. 17. lib. 4. instit. *de officio judicis*. Vancio *de nullitatib.* cap. *quid si nullitas*, n. 9. fol. 19. Cañada, part. 2. cap. 1. inst. n. 56. 57. y 58.

(1) Número 293.

(2) Número 292.

(3) Maranta *de ordine judicior.* part. 6. cap. *de appellat.* n. 102. fol. 570.

tit. 15. de la part. 7. la tenemos significando la accion de la ley Aquilia, una de las acciones mas señaladas del Derecho, *ibi*: querellándose alguno delante del juzgador del daño que fuese fecho, por razon de algun siervo ó caballo que le hubiesen muerto: en la 9. tit. 1. part. 5. denota la excepcion de *non numerata pecunia*, *ibi*, se debe de esto querellar ante que dos daños pasen: en la 1. tit. 23. part. 3. significa apelacion *ibi*, alzada es querella que alguna de las partes face de juicio que fuere dado contra ella, llamando é recorriéndose á enmienda de mayor Juez. En el proemio al tit. 23. de la misma partida, tratando de los medios de amparo contra los juicios, importa nulidad, *ibi*, por querella de algun juicio que fuese dado falsamente, ó contra la ordenda-manera que el derecho manda guardar en los juicios: en la 3. tit. 25. part. 3. hablando de la restitucion de los menores, significa la misma restitucion, *ibi*, al juicio de que han querella. En la fórmula ó modelo de libelar, que para nuestra enseñanza en toda demanda civíl se nos presenta por la ley 41. tit. 2. part. 3. denota la accion de mutuo, por exemplo de otras qualesquiera, *ibi*, yo tal home me vos querello de fulan que me debe tantos maravedís que le presté, onde vos pido que le mandedes por juicio que me los dé. En la 4. tit. 10. lib. 8. de la Recop. importa lo mismo que demanda criminal, tanto que querella y acusacion se tienen por voces sinónimas, *ibi*, no precediendo querella de la parte, *ibi*, la parte que dió querella. Y finalmente en la 10. del tit. 5. lib. 2. de la Recop. importa una simple

queja sin mixtura ni consorcio de apelacion, súplica, nulidad, ni otro tal remedio *ibi*, por simple querella.

299 Este uso freqüente en que esta palabra querella la vemos tomada en nuestras leyes en un sentido tan ámplo y genérico que se dilata á toda reclamacion ó peticion, no nos subministra la menor idea para limitarla á que se ciña á significar precisa y únicamente un remedio subsidiario de equidad por el oficio del Juez en falta de apelacion: ni tampoco nos es fácil entenderla como tal remedio subsidiario, aun quando la meditemos en un sentido específico de mera queja, como se toma en la ley 2. tit. 18. lib. 4. de la Recop. donde denegada por el Juez la apelacion, se dispensa la querella ó queja al superior como remedio ordinario y de justicia, concedido por ella como la misma apelacion, con direccion de sus palabras á las partes, y por conseqüencia por verdadera (1) accion, y no por dicho oficio.

300 Y si atentamente la consideramos en la 6. del mismo título y libro, en que se funda (1) Paz para proponerla como tal remedio, la hallarémos muy distante de ser adaptable á este pensamiento, quando en ella nada mas vemos que quitando ó prohibiendo la apelacion en solo el efecto suspen-

(1) Número 233. 234. y sus citas.

(1) En el párrafo que queda sentado en el n. 291. nos cita esta ley 6. á su glos. letra I para prueba de que este remedio de querella es subsidiario en falta de apelacion.

sivo en asuntos sobre cosecha de frutos, sepulturas ú otras tales cosas, nos dispensa verdadera accion, por la direccion, como acabo (2) de insinuar de sus palabras á las partes, para que se puedan querellar, esto es (3) para que puedan proseguir la misma apelacion en su efecto devolutivo; evidenciándose de todo esto que no solo el proverbio *sublata appellatione officium judicis non censetur sublatum*, sí tambien el auxilio de querella, y demas que nos propone (4) Paz como remedios sublatarios en falta de apelacion, no con otra cosa que una mera ilusion, para efecto de subsanar la injusticia simple ó no calificada de la sentencia.

301 El proemio al tit. 24. de la part. 3. nos está suministrando otra confirmacion á esta verdad, pues sin embargo de no ignorarse, ni por él ni por las demas leyes del Reyno ninguno de los expresados remedios, á ninguno de ellos nos remiten quando se trata de la enmienda del agravio por falta de apelacion, antes suponiéndolo por una de aquellas cosas que los hombres non pueden nin deben haber si non pidiendo merced á los Señores, á esta sola merced, ó á este solo auxilio ó remedio

(2) Número 299. al fin.
(3) Acevedo en su glos. á dicha ley 6. n. 1. y 2. y Curia part. 2. §. 3. n. 10. donde nos apuntan varios casos en que la apelacion no se admite en ningun efecto, nos afirman de sí mismos, que en los de esta ley solamente se deniega en el suspensivo, á la manera que se observa generalmente en todos los demas semejantes donde hay peligro de que las cosas empeoren ó pierdan.
(4) Número 292.

extraordinario de la gracia ó merced del Rey es adonde nos dirigen, teniendo por inútiles al efecto (1) todos los otros: y en este mismo concepto nos califica una noticia del señor Elizondo (2) sobre que el remedio de querella en falta de apelacion es peculiar y privativo de la Real Chancillería de Granada, limitadamente para los pleytos de aquella ciudad, y no por otro derecho que su estilo y (3) práctica, sin transcendencia ni aun á la de Valladolid, y por conseqüencia ni á los demas juzgados del Reyno.

(1) Gregorio Lopez. glos. 10. á la ley 13. tit. 23. part. 3. en el caso de haberse quitado la apelacion, tampoco nos apunta otro remedio que el recurso al Príncipe.
(2) Elizondo tom. 6. fol. 136. n. 65.
(3) En el número 99. dexo demostrada la fuerza del estilo, lo qual se califica en el 136. y otros.

ÍNDICE.

El transcurso de los cinco ó diez dias prefinidos á la apelacion, ni aun por recurso á S. M. se puede subsanar, y mucho menos por el oficio del Juez, n. 306. *al* 308.

El transcurso de los plazos prefinidos para la presentacion de documentos se subsana por estilo, n. 309. *y* 310.

En los juicios de segunda suplicacion, con dificultad se admiten documentos, n. 311. *al* 313.

Las exquisitas delicadezas de los comentaristas, apoyados en el oficio del Juez y maxîmas de equidad, son el motivo de multitud de arbitrariedades y pleytos viciosos, n. 314.

CAPÍTULO XX.

Exclusus tempore officio judicis non censetur exclusus.

302 La brevedad de los pleytos, en quanto sea compatible con el natural derecho de defensa, es el cuidado que parece haberse robado la principal atencion de nuestras leyes. Entre todos sus encargos no tenemos otro tan reiterado; y á este preciso objeto se dirige la fixacion (1) ó señalamiento de

(1) Cañada part. 1. cap. 7. n. 1. y cap. 8. n. 53. de sus Instituciones civiles, y part. 1. cap. 11. n. 24. y otros del tom. 2. de Recursos, citando en confirmacion diferentes textos del Derecho Real canónico y civil. El señor Viegas en el fol. 99. y otros de su Discurso filosófico legal nos significa con la competente energía nuestra arbitraria intrusion á esta relaxacion de términos en desayre y desprecio de las leyes y de la capacidad de los Legisladores.

plazos ó términos judiciales, porque de otro modo, si quedasen estos al arbitrio indefinido de las partes, los litigios serian inmortales; de manera, que quebrantada ó rota esta barrera legal por el oficio del Juez, so pretexto de equidad, *ne jus partis pereat*, ó de otro qualquier modo directo ó indirecto, pronto nos inundarian. A (2)

303 Á esta relaxacion ofrecen largo campo no solamente las opiniones que he referido (1) sobre que por el oficio del Juez se suple por equidad la falta ó remocion de accion, excepcion, nulidad, ó apelacion, sí tambien otras equivalentes, en que á cerca de los plazos ó términos legales se afirma B (2) y sienta: » *termini judiciales excludunt* »*partem, non judicem, et omnino* (3) *eum posse offi*»*cium judicis implorare qui non potest exceptio*»*nem allegare, vel ex tempore exclusus*; *et* (4) *si* »*per statutum præfixus sit terminus parti ad di*»*cendum de nullitate, non censetur per statutum* »*sublatum officium judicis, ad quod semper pote*»*rit recurrere gravatus ex nullitate, et persimilia* »*statuta exclusus... et non solum datur officium* »*judicis sublata actione, sed etiam sublata excep*»*tione, ut in casu dicti statuti præfigentis ter*»*minum ad dicendum de nullitate, illud enim sta-*

A (2) Sobre esto y sobre el axîoma de este capítulo véase lo que expongo en todo el capítulo siguiente.
(1) Que he referido desde el n. 252. en adelante.
B (2) Mascardo *de probationibus conclusione* 1230. n. 20.
(3) Olivano *de actionibus* part. 2. lib. 1. cap. 14. n. 93. y en estos Repasos á su n. 276.
(4) Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 172. al 174.

»tutum intelligitur tam agendo, quam excipiendo.»

304 De dos modos se puede quitar ó prohibir la apelacion ó nulidad por las leyes, á cuyos casos, como que ya vienen tocados señaladamente en las doctrinas (1) anteriores, me he de ceñir en este capítulo por exemplo de todos los demas derechos que se pierdan por tiempo. El primero, disponiendo absolutamente que no las haya, ó que no se admitan de esta ó de la otra sentencia; y el segundo, señalando cierto término, el qual pasado, no se puedan instaurar: sobre la insuficiencia ó inutilidad del oficio del Juez para reparar sus derechos, quitadas que sean del primer modo, ya he hablado en los (2) capítulos precedentes; en este solamente he de trätar de su insuficiencia al mismo efecto, removida ó quitada que sea del segundo.

305 La ley 2. del tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion que dexo (1) referida hablando del primero, dispone tambien á cerca de este segundo, »que si alguno alegare contra la sentencia que es »ninguna, puédalo decir hasta sesenta dias desde »que fuere dada; y si en los sesenta dias no lo »dixere, no sea oido despues sobre esta razon.»

306 El transcurso de los diez (1) ó cinco dias prefinidos últimamente para apelar se estiman por

(1) En los cap. 18. y 19. n. 280. y siguientes, y 289. y siguientes.
(2) En los citados capítulos 18. y 19.
(1) Número 283.
(1) Paz tom. 1. part. 6. *in proemio*, n. 14. y 15.

las (2) leyes por tan fatal y perentorio, á no haber ocurrido (3) algun impedimento, que se tiene por irreparable, no solamente por el oficio del Juez, sí tambien hasta por recurso á S. M.; sobre lo qual son muy dignas de atencion las poderosas razones, en que, tratando de este mismo punto, no solo le decide, sí que tambien le funda la ley 5. tit. 24. de la part. 3. por estas palabras: »sentencia difinitiva seyendo dada contra alguno que »fuere mayor de veinte y cinco años, de tal juz»gador de quien se podria alzar si quisiese; si non »se alzase de ella en tiempo que lo podia facer, »maguer viniese despues deso á pedir merced al »Rey, que mandase oir otra vez el pleyto, non »debe ser oido, nin se la debe caber, ca pues que »él se pudiera alzar, è non quiso, semeja que le »plugo de la sentencia que dieron contra él. E aun »decimos que si los homes supiesen que serian »oidos sobre tal razon como esta, siempre se tra»bajarian de demandar, è pedir merced, è nunca »los pleytos se podrian encimar nin acabar.»

307 Estas razones, aunque contraidas principal é inmediatamente por la ley al transcurso de los dias señalados para apelar, por su propia naturaleza, y aun por expresion (1) manifiesta de la

(2) Ley 5. tit. 24. part. 3. Ley 1. tit. 18. lib. 4. Recop. Ley 1. tit. 16. lib. 3. del ordinario y concordantes.
(3) Gregorio Lopez núm. 3. de su glosa á la ley 24. título 23. part. 3. Cañada part. 2. de sus instit. capítulo 3. n. 51. y 54.
(1) Ibi: si los homes supiesen que serian oidos sobre tal razon como esta. No dice la ley, sobre esta razon, sino

misma ley, notoria y patentemente se adaptan de la misma manera á todo otro qualquier término, donde se pueda tropezar con los mismos peligros. El lapso, ó transcurso de los de la apelacion, no obstante no pasar (2) de diez, y últimamente de cinco, le estima la ley (3) por bastante antecedente para colegir que le plugo de la sentencia, ¿cómo pues en su vista el de los sesenta para (4) decir de nulidad no se ha de estimar por superabundante al mismo efecto, siendo como es (5) igualmente lícito á las partes la renuncia de la nulidad que la de la apelacion, mediante estos transcursos?: contra este consentimiento tácito nos afirma asimismo, que no se puede dispensar audiencia ni aun por el Soberano, ¿pódremos esperar, que en ella, ó en caso equivalente qual es el de nulidad, se pueda conceder por el oficio de un Alcalde, ó de un Corregidor? La ley no halla ca-

sobre tal razon; y como tal se verifica en el transcurso silencioso de otros qualesquiera plazos legales, siendo evidente que si estos fuesen desatendidos, ó dispensada su omision, los pleytos nunca se podrian acabar nin encimar, de aqui es visto que su transcurso en ellós extingue toda accion, como en la apelacion.

(2) Paz tom. 1. part. 6. *in proemio*, n. 14. y 15.

(3) La 5. tit. 24. part. 3. que queda sentada en el núm. 306.

(4) Señalados en la ley recop. referida al n. 305.

(5) Acevedo n. 38. de su glos. á la ley 2. tit. y n. 70. de la 1. tit. 18. lib. 4. Recop. donde añade; *quod per taciturnitatem sinendo lavi terminum appellationis non censetur renunciatio alterius remedii quam appellationis.*

mino para relaxar estos plazos ó términos en la apelacion, porque desatendidos que fuesen, los pleytos non se podrian encimar nin acabar: ¿el oficio del Juez será mas sábio, será mas poderoso que la ley para relajarlos en ella, ó en la nulidad sin tropezar en estos escollos? Y finalmente ¿cómo á este oficio le ha de ser facultativo el ponerse de parte de un culpado ó doloso, no teniendo mas apoyo para prestarle auxîlio, que el de una equidad imaginaria y reprobada, como lo dexo demostrado en otro (6) lugar con exemplo de la remocion de toda excepcion?

308 Estas reflexîones suministradas por la misma ley (1) concluyen sobradamente la absoluta insuficiencia de este oficio para los efectos que se le atribuyen (2) fuera de los plazos de los cinco ó de los sesenta dias prefinidos á la apelacion y a la accion ó excepcion de nulidad; y en igual inaptitud se le debe considerar, por idénticos motivos, respecto de otras tales dilaciones, en otras innumerables materias (3) y puntos del derecho, cuyo transcurso tambien apunta el proverbio (4) que se puede subsanar por equidad.

(6) Número 279. y 288. al fin.

(1) Por la ley 5. tit. 24. part. 3. referida al n. 306.

(2) Número 303.

(3) En los términos señalados, por exemplo para el retracto, para la tenuta, para la contextacion para el inventario, y otros á este tenor.

(4) El proverbio, ó proposicion de este capítulo, *exclusus tempore officium judicis non censetur exclusus*, sentado al n. 302.

309 La ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop. señala por término al actor para la presentacion de documentos la sentencia interlocutoria de prueba, y al reo la difinitiva; la qual disposicion dice Paz (1):
»*stilus forensis non recepit, sed in quacumque*
»*parte litis usque ad conclusionem causæ instru-*
»*menta, tam ab actore, quam à reo producta ad-*
»*mittit; imo ex justa causa post conclusionem ad-*
»*mittit, ut resolvit Maranta, dum modo producens*
»*juris novissime fuisse reperta, nec antea in ejus*
»*notitiam venisse. Ita cum Bartulo, et communi re-*
»*solvit Covarrubias, asserens apud regia tribunalia*
»*nihil frequentius recipi quam hanc communem Bar-*
»*tuli. Admonet tamen ipse judicibus, quod caute*
»*instrumenta admittant post conclusionem in causa,*
»*asserent facilius posse admitti, quando conclusum*
»*esset in causa, in qua post sententiam non esset*
»*locus appellationi, vel suplicationi. Ego vero cre-*
»*derem, quod si foro sæculari in quo leges regiæ*
»*sunt observandæ opposita fuerit exceptio legis* 2.
»*tit.* 5. *et legis* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. *Recop. in quibus*
»*intra certum tempus statuitur, instrumenta esse*
»*producenda et non ultra, tunc pars producens te-*
»*nebitur articulare et probare stilum hunc con-*
»*trarium illis legibus, nam quæ qui stilum con-*
»*trarium allegat illum probare debet.*»

310 La equidad que clama á primera vista contra la citada (1) ley 2. para la admision de documentos en qualquier estado de la causa, aun despues de pasado el término que prefine, mayormente en el caso que nos apunta el señor Covarrubias de no esperarse otra sentencia, es inqüestionablemente la mas realzada que se nos puede ofrecer en su especie; y con todo justísimamente se desestima por Paz, por ser contraria á una sola ley, entendiendo que para reformarla ó contrabalancearla se tiene que acudir á la autoridad y peso de otra ley, qual es (2) la del estilo de los Juzgados; y siendo esto notoriamente cierto, ¿cómo hemos de acceder á que el Juez por su oficio pueda traspasar no solo una sino general (3) é indistintamente todas aquellas que por fines los mas importantes prefinen á las cosas sus tiempos limitados?

(1) Paz tom. 1. part. 1. temp. 7. n. 34.
(1) Citada al número 309.

311 Contra este despropósito nos ofrece otra prueba irrefragable la sabiduría del Consejo, en los gravísimos y distinguidos juiciós de la segunda suplicacion, que manda la ley 2. tit. 20. lib. 4. de la Recop. se determinen por los mismos autos, sin admitir otras pruebas, ni escrituras, ni aun por via de restitucion.

312 La práctica que al parecer hay (1) de admitirlas en contra de esta ley, parece que podria haberla reformado; pero acaso la tendremos algun tanto dudosa, quando para su admision nos ha su-

(2) Paz capítulo inicial á su práctica núm. 6. al 15.
(3) Asi lo sienta el axîoma del núm. 302. *exclusus tempore &c.*
(1) Cañada número 38. al 41. part. 3. cap. 4. de sus instit.

gerido (2) la necesidad un subsidiario recurso á S. M., porque á no hacerse asi, suele estar tímida (3) toda la notoria sabiduría y justificacion de sus ministros, no por otra razon que la de recelar aventurarse á contravenir á aquella sola ley.

313 Ahora pues, si en el Consejo supremo del Rey, y su primer tribunal de la nacion, en quien por real gracia de S. M. se hallan depositadas sus mas altas confianzas, y por lo que respecta hácia estas materias, hasta la de poder (1) fallar sin precision á formalidades quando lo hallare por conveniente, tenemos un tal exemplo de respeto á la observancia de una sola ley, tal vez reformada por la práctica contraria, y esto aun en medio de estar instando todo un lleno de equidad *ne jus partis pereat*, en aquellos gravísimos juicios, donde ademas de su grave entidad no se espera otra sentencia, ¿cómo el oficio de un Alcalde ó de un Corregidor las ha de gozar tan exôrbitantes, que no solamente alcance á la reforma, ó derogacion de todas aquellas (2) que señalan los cinco á los sesenta dias ó la apelacion ó nulidad, sí tambien á la de todas las demas (3) que prefinen tiempos limitados á los negocios, como lo intentan persuadir las referidas (4) opiniones, con

(2) Cañada *ibid.* número 39.
(3) Cañada *ibid.* número 39.
(1) Ley 22. tit. 4. lib. 2. Recop.
(2) Número 305. y 306.
(3) Como por exemplo, las del retracto, tenuta y otras innumerables.
(4) Referidas al n. 303.

el axîoma *exclusus tempore officio judicis non censetur exclusus*?

314 Estas y otras (1) tales máxîmas de equidad imaginaria, reprobada inconcreto (2), y producciones inmediatas (3) de la exquisita delicadeza de los expositores, siempre nos estan como impeliendo hácia las injustas arbitrariedades que vienen (4) indicadas, y que sería útil en gran manera se prescribiesen, alejándolas de los juzgados, para que poniéndonos y estando mas de parte de la real y sólida de nuestras leyes, no nos encontrásemos en las amarguras de dolernos de tanta multitud de pleytos viciosos.

(1) Las insinuadas por todos estos Repasos, particularmente en los números 180. y 252. con otras coincidentes que expresan los autores.
(2) Número 279. 271. 288. y otros.
(3) Número. 207. 208. y 209. y 111. al 117. y otros.
(4) Que vienen indicados desde el capítulo 16. en adelante, refutando en particular cada uno de los axîomas que se reunen al n. 252. y de cuya admision se seguiria la inobservancia de las leyes, la incertidumbre del dominio, y de todo otro qualquier derecho, la desidia y desaplicacion, y la multiplicacion de pleytos y discordias, con los demas males que arruinarian el estado, y son seqüelas inmediatas de las decisiones arbitrarias, como lo anuncia Bobadilla lib. 2. cap. 10. n. 9. y siguientes.

INDICE.

CAPÍTULO XXI.

Judici numquam concluditur.

315 En las causas criminales (1) por las loables miras de que los delitos no queden sin castigo, ó porque no perezca la inocencia; en las (2) matrimoniales, por correr peligro espiritual; en las (3)

(1) Paz tom. 1. part. 1. temp. 9. n. 16. part. 5. cap. 3. §. 10. n. 1. al 7. Curia part. 3. §. 15. n. 9.

(2) Gutierrez tom. 3. *Canonicar. tractatu*, de matrimonio, capit. 115. núm. 12. al 23. Matienzo in Diálogo part. 3. cap. 43. n. 10.

(3) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 493. vers. el quinto. Gutierrez tom. 1. lib. 1. *practicar. quæst.* quæst. 46. n. 5.

difinidas sin mas pruebas que las presuntivas, no pasando sus sentencias en autoridad de cosa juzgada, por no aventurarse á eternizar algun error; en mayor (4) aclaracion ó mayor explicacion de las pruebas que haya dadas, por no estimarse tanto nueva prueba quanto qualidad de la antigua; en estos, y en otros tales casos, que quedan indicados en otro (5) lugar, está muy bien que jamas se concluya, ni por el transcurso de los plazos, que tiene (6) fuerza de conclusion quanto á las pruebas de hecho, ni de otra alguna manera para efecto de que el Juez por su oficio no pueda recibir testigos en qualquier estado de la causa; pero querer que lo pueda hacer indistintamente en todo asunto, y sobre qualesquier artículos para fundar de nuevo la intencion de los litigantes, esto no solo sería degradarle de su carácter para hacer veces de parte, interponiendo su oficio en utilidad privada contra las leyes que lo prohiben (7), sí que tambien sería prepararnos un camino franco á las detestables ideas de artificiosidad que nos sugieren hasta los autores (8) mas clásicos de la antigüedad.

(4) Matienzo in Diálogo cap. 48. n. 4. y al núm. 176. de estos Repasos en su cita 3.
(5) Número 173. 174. 175. y siguientes.
(6) Acevedo n. 9. á la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop.
(7) La ley 26. n. 12. tit. 4. part. 3. y su glos. n. 12. Matienzo in Diálogo part. 3. cap. 48. n. 6. Elizondo tom. 4. fol. 71. n. 15. Febrero tom. 3. lib. 3. cap. 2. §. 4. n. 174. y §. 1. n. 6. hácia el fin.
(8) Baldo, Cepola, y Especulator, con otros citados por Gutierrez, *de juramento confirmatorio*, part. 1. cap. 66. n. 5.

316 Con el importantísimo objeto de evitar corrupciones en notorio detrimento de la justicia, nos prohibe (1) la admision de testigos despues de la publicacion de probanzas; pero aquellos autores, á la sombra ó so pretexto de las inmensas facultades atribuidas al oficio del Juez, ya supieron sugerir á los litigantes un exquisito ardid sobre los muchos que ellos se saben en demasía para dar al traste con tan saludables miras, burlándose de la prohibicion.

317 Aunque la motiven, les dicen (1) los recelos de sobornos, tómense el partido de manifestar al Juez los nombres de los que quieran presentar, lo qual hecho, ausèntense, para que los exâmine de oficio, como puede hacerlo, porque para él jamas se concluye.

318 Ve pues aqui en esta sola sugestion uno de los efectos de estas perniciosas máximas tomadas con tanta generalidad, ó fuera de los (1) casos exceptuados, en que á lo sumo podrán tener lugar, cerrándose por el contrario tan firmemente la puerta á la admision de testigos en todos los demas, así para con él como para con las partes, no solamente por la publicacion, sí tambien por solo el transcurso de los plazos, que pasados que sean, no les queda ni el menor arbitrio, confor-

(1) Cañada núm. 60. y 61. part. 1. cap. 8. instit. Febrero lib. 3. capítulo 1. n. 329.
(1) Baldo, y Cepola con otros citados por Gutierrez, *de juramento confirmatorio*, part. 1. cap. 66. n. 5.
(1) Fuera de los casos exceptuados que quedan indicados al n. 315. y su referencia.

me á nuestra (2) ley de las Partidas, para otra nueva prueba que la de documentos, *ibi* salvo en de carta, ó instrumento.

319 La ley 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop. no está menos nerviosa sobre este punto que la de las Partidas que acabo de citar. En ella se prefine para las probanzas el término de ochenta dias con calidad de que sean para probar y haber probado, y de que los Jueces le puedan abreviar acatada la calidad de la causa, personas, cantidad, y distancias de los lugares donde se hayan de hacer las probanzas; » pero que no los puedan alargar, y »que esto sea por todos plazos y término peren»torio, con apercibimiento que no les sea dado »otro término, ni este les sea prorogado, ni se les »pueda prorogar ni alargar.»

320 La calidad con que se prefinen en esta ley los ochenta dias para probar y haber probado por término perentorio, y por todos plazos, con la repeticion tantas veces de la prohibicion á los Jueces para que no le puedan alargar, ni dar á las partes otro término, apercibiéndolos en caso de contravencion, son otros tantos canceles ó cláusulas restrictivas, que reunidas todas sobre este punto, forman seguramente la mas concluyente prueba, de que solo el lapso de este término cierra enteramente el paso á toda probanza fuera de él, y manifiesta enérgicamente la mas íntima y firme voluntad del Legislador para que desde aquel punto quede privado el Juez de todo arbitrio, y ligadas

(2) Conforme á nuesta ley 34. tit. 16. part. 3.

sus manos para la admision de nuevas pruebas ó señalamiento de otro plazo. (1)

321 Todo esto lo reconoce el señor Cañada en el capítulo 8. part. primera núm. 52. de sus instituciones civiles, adelantando al mismo propósito

(1) El señor D. Simon de Viegas en el lugar apuntado en la cita 1. del n. 302. hablando de los términos de las probanzas dice, que á la sombra de la cláusula ó fórmula *suspéndese el término*, sus ochenta dias no son ya ochenta sino ochocientos ó mas. La suspension es á veces de justicia, en el caso por exemplo, de ocurrir algun artículo ó motivo, segun lo refiere D. Josef Febrero en los números desde el 386. y 395. de su lib. 3. cap. 1., porque al impedido es un principio inalterable que no le corre término. La ley 3. del tit. 15. part. 3. prefine los de las probanzas, disponiendo señaladamente que no queden estos á la voluntad ó arbitrio de los juzgadores; mas sin embargo de esto, de su freqüente arbitrariedad, *perjudicialísima* á las partes, é injuriosa al celo y penetracion de las leyes, es de lo que se lamenta el señor Viegas, pero no de su nueva concesion, prorogacion ó suspension en concurriendo un justo impedimento, como se lo permite la misma ley 3: tal impedimento lo es por exemplo la imposibilidad de transitar ó acercarse al lugar de los testigos por avenidas de rios, nieves, ú otras tales razones que nos significan las leyes 12. y 24 tit. 23. de la part. 3. tratando de los términos de la apelacion; sin que ni estos ni los de las probanzas ni otros algunos se puedan suspender ni dexar de correr por impedimentos frívolos, segun en caso semejante lo previene Vinio en el n. 8. de sus Comentarios al §. 6. instit. *de actionib.* tratando de la restitucion *ex justa causa*, como dicha ley 3. *ex justo impedimento.*

otras poderosas reflexîones con que demuestra que parece que será nula *ipso jure* (1) la prueba de testigos que se hiciere fuera de aquel término; mas sin embargo de este reconocimiento, se alarga (2) tambien difusamente sobre los fundamentos de la opinion contraria, en que se sienta que, aun despues de pasado, se pueden recibir y exâminar, para que no perezca la justicia ó derecho de las partes.

322 Y finalmente por conclusion de todas estas reflexîones, resuelve al n. 72., que aunque considerados con profunda meditacion los fundamentos de ambas opiniones hacen bastante embarazosa la resolucion, adopta sin embargo los principios naturales de equidad en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y justicia por todos los medios que no traygan graves inconvenientes en dilatar los pleytos; y dice que no hallaria reparo en admitir y exâminar los testigos que se presentasen pasados los ochenta dias, y antes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria, dentro de un breve término que no produxese considerable dilacion, y con juramento de no hacerlo de malicia, ni por dilatar, ni causar perjuicios.

323 Yo no encuentro ni el menor arbitrio para poder conformarme con la opinion y sesgo equitativo de este sábio nacional, porque contra la ley

(1) Cañada part. 1. cap. 8. n. 37. 39. 51. y otros de sus instit.

(2) Cañada *loco citato* n. 52. y siguientes.

que requiere (1) de necesidad estar fundada en equidad, toda otra equidad es imaginaria y aparente; y entiendo que la sutileza y argumentos con que trata de persuadirnos su pensamiento, no solamente no le demuestran con evidencia, sino que ni aun ponen en perplexidad la positiva y notoria claridad de las (2) referidas leyes 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop. y 34. tit. 16. part. 3. para que el Juez de ninguna manera se propase á recibir testigos fuera de los plazos.

324 El primero le funda A (1) en la misma ley 34. de las Partidas, en quanto previene á los juzgadores de que » siempre deben ser apercibidos » para puñar saber la verdad por quantas maneras » pudieren »; pero esta ley, muy distante de favorecer su opinion, manifiestamente le está *contra producentem*, advirtiéndoles tambien á renglon seguido, que no se propasen á recibirlos fuera de los plazos, *ibi*: mas si los plazos fueron pasados non se los deben recibir, salvo en de carta, ó instrumento.

325 Otro le deduce B (1) de la ley 10, tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion; en que se manda á los Jueces, que sentencien los pleytos segun la verdad probada; pero prescindiendo del dictámen de su glosador Acevedo, que es (2) de parecer que no

(1) Número 187. cita 1.

(2) Número 318. al fin, y 319.

A (1) Cañada *ibid.* núm. 52.

B (1) Cañada *ibid.* núm. 52.

(2) Acevedo n. 88. de su glos. á la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

habla de estos términos, no advierto yo aptitud á contraerla para prolongar los pleytos con nuevas dilaciones, quando para acortarlos no ha tenido reparo aquella ley en hacer la mas absoluta remision de todas las solemnidades judiciales, hasta de aquellas (3) que pertenecen á la substancia de los juicios, no siendo pedidas señaladamente por las partes.

326 Otro le toma (1) de la 2. tit. 20. lib. 4. Recop. donde se manda que los pleytos de segunda suplicacion se determinen por los mismos autos del proceso, »sin recibir escritos ni peticiones, y sin »dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni proban»zas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos »por via de restitucion, ni en otra manera alguna:» no obstante lo qual, y de apurarse tanto en esta ley sobre la exclusion de toda prueba, contrae á su propósito (2) el señor Cañada el que se admite la de documentos; pero tambien reconoce á los números 38. y 39. parte 2. cap. 4. de las mismas instituciones, que esto solo se hace, ó bien en virtud de la práctica, ó bien por recurso á S. M., resultando de aqui otro argumento *contra producentem*, sobre que el Juez por sí solo ó por equidad no lo puede hacer; y sobre esto tenemos, que el caso en qüestion es muy distinto de el de la segunda suplicacion; porque en el de ésta solamente se trata de la admision de documentos, y en aquel de la

(3) Número 55.
(1) Cañada *ibid.* número 56.
(2) Cañada *ibid.* número 57.

de testigos, entre los quales y los documentos media inqüestionablemente una notable diferencia, nacida del mayor peligro á corrupcion, por mas que la delicadeza de este sabio se esfuerce (3) por uniformarlos.

327 Otro le colige (1) por comparacion de la ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Recop. donde señalando al reo veinte dias para proponer las excepciones perentorias, dispone que pasado este término, »no sea oido á las alegar y oponer, salvo si los »del nuestro Consejo y Oidores vieren, por las »consideraciones susodichas en la ley 1. que con »juramento de la parte se deben recibir, y que no »se alegan maliciosamente.» La prolongacion del término de los veinte dias, para proponer las excepciones, expresamente la pone esta ley al arbitrio de los Jueces, *ibi*: salvo si los del nuestro Consejo y Oidores vieren; y el mismo señor Cañada (2) *ibi*: salvo que pareciere á los del Consejo y Oidores; pero muy por el contrario en la otra (3) de los ochenta dias de la prueba expresamente se les deniega este arbitrio de la prorogacion, *ibi*: »que non los puedan alargar, y que esto sea por »todos plazos, y término perentorio, con aperci»bimiento que no les sea dado otro término, ni »éste les sea prorogado, ni se lo puedan proro-

(3) Cañada *ibid.* n. 65. y anteriores.
(1) Cañada *ibid.* n. 68.
(2) Cañada *eodem.*
(3) La de los ochenta dias de la prueba citada al número 319.

„gar ni alargar„ manifestándose con toda seguridad por sola la sencilla comparacion de la letra de ambas leyes, quán distante se mira la primera de poder contraerse contra la segunda para el pensamiento del autor.

328 Otro quiere (1) se colija de la 39. tit. 16. de la part. 3. que dispone se puedan recibir testigos en la segunda instancia sobre los mismos artículos de la primera: por la admision de estos testigos, es evidente que no se retarda el curso de la causa, como se retardaria el de la primera instancia si fuesen admitidos despues de pasados los ochenta dias de la prueba; y ve aqui una razon de diferencia entre uno y otro caso, en que, como distintos que son, lo dispuesto para uno, no se debe (2) traer á exemplo para con el otro; pero prescindiendo de esta diversidad, reparo únicamente, que todas las reflexîones del autor sobre este punto á lo sumo podrian estar bien para argüir á las leyes sobre que en órden á él debieron haber establecido para la primera instancia lo mismo que disponen para la segunda; pero de ninguna manera pueden estar á punto para con los Jueces, que *non* (3) *de legibus*, *sed secundum leges judicare debent*.

(1) Cañada *ibid.* n. 62. al fin, y 63. y 64.

(2) Vancio *de nullitat.* cap. *quid possit dicere de nullitate* n. 33. en que dice, comparando la apelacion con la nulidad, que lo dispuesto para uno no forma ni sirve de exemplo para otro, por ser casos diversos. Acevedo n. 42. y 43. á la ley 4. tit. 14. lib. 3 Recop.

(3) Número 249.

329 Otro tiene (1) orígen en la 37. tit. 16. part. 3. y en la 5. tit. 6. lib. 4. de la Recop. con otras concordantes que fixan la publicacion por término exclusivo de la probanza de testigos; infiriéndose de aqui por el señor Cañada, que mientras no esté verificada, todavía se pueden recibir, aun despues de pasados los ochenta dias ó plazos de la prueba; pero esta ilacion notoriamente es ilegal, quanto tanto este transcurso, quanto la publicacion uniformemente le señalan las leyes (2) y prácticos por tal término; sin que en que lo sean ambos en sus respectivos casos, y por los peculiares (3) y distintos motivos de cada uno se pueda encontrar ni el menor obstáculo legal.

330 Otro le funda (1) en la presuncion de que el que no contradice la nueva dilacion ó prueba, se entiende que la consiente; pero este argumento en que se muda de medio, le está tambien *contra producentem*, pues si tenemos que acudir á la renuncia tácita ó expresa como á calidad ó condicion precisa para la admision de testigos, prueba clara de que sin ella no hay derecho á admitirlos; y si le hay,

(1) Cañada *ibid.* n. 65. al 67.

(2) Ley 34. 37. y 39. tit. 16. part. 3. la 5. tit. 6. lib. 4. Recop. y demas concordantes. Acevedo n. 3. á la ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. Matienzo in dialog. parte 3. cap. 46. n. 4.

(3) El de los plazos por el motivo entre otros del que no se alarguen los pleytos, y el de la publicacion, por evitar corrupcion, como de uno y otro motivo queda hecha insinuacion al n. 302. 316. y 319.

(1) Cañada *ibid.* n. 67.

está por demas el acudir á ella para persuadírnosle ó para demostrarle ; lo qual hace evidencia de que el argumento precisa y únicamente podria venir bien, quando dándose por supuesta la facultad de contradecir la probanza por el transcurso de los ochenta dias, solo se tratase de si esta facultad ó este derecho se podria renunciar, ó de si tácitamente se entendia renunciado por el silencio ó por la omision en contradecir aquella dilacion. (2)

331 Otro; en él se vale (1), entre otras reflexiones coincidentes, de la de que, á qualquiera que solicite la prueba pasados los ochenta dias, se le debe admitir, sin precisarle á que justifique que le ocurrió impedimento para hacerla en término, porque teniendo las partes en su favor la presuncion de que no quieren abandonar sus derechos ni los bienes que litigan, se presume que le hubo, y esta presuncion les basta al efecto, sin necesidad de mayor prueba; pero ¿adónde iriamos, ó en qué pararia la multitud innumerable de leyes, (2) que por fines los mas importantes al público y á las partes, señalan sus tiempos á las cosas, si diésemos á esta presuncion una tal cabida? Las partes se presume que no abandonan su derecho quando no concurre alguna justa causa, que disipando aquella

(2) Por este silencio lo que se entenderia renunciado sería el derecho de apelar, pero no el decir de nulidad: véase sobre esto la cita 5. del n. 307.

(1) Cañada *ibid.* n. 54.

(2) Las leyes de las prescripciones, retractos, tenutas, inventarios, excepciones, y demas que señalan cierto tiempo á los asuntos.

presuncion á su favor, nos incline á presuncion contraria; pero quando concurre causa, la presuncion les está en contra; ¿y qué mayor ni mas realzada para creer su abandono que el transcurso silencioso de los ochenta dias, sin haber usado en tan dilatado tiempo del beneficio de la ley? El de los cinco ó diez dias que señalan (3) para la apelacion es mucho menor incomparablemente, en la proporcion de cinco ó de diez á ochenta; y sin embargo su lapso le tiene (4) la ley por bastante para presumir que abandonan el derecho que tenian á la reclamacion de la sentencia, aprobándola y agradándose de ella, *ibi*: »si non se alzase de »ella en el tiempo que lo podria facer... non debe »ser oido, nin se la debe caber, ca pues que él se »podria alzar, é non quiso, semeja que le plugo »de la sentencia que dieron contra él.»

332 Ahora pues, si el transcurso de los cinco ó los diez dias le es á esta ley un justo antecedente para esta deduccion, en términos que jamas ni por la via de justicia, ni aun por la de merced ó gracia de S. M. se le deberá volver á oir; ¿cómo el silencio, no de cinco ni de diez, sino de ochenta, no ha de ser á las leyes un muy superior y superabundantísimo motivo para presumir el desprendimiento momentáneo de un derecho de probanza por el tiempo limitado de la primera instancia, pudiendo hacer (1) en la segunda quanta necesite ó quanta quiera?

(3) Número 306. cita 1.

(4) Ley 5. tit. 24. part. 3. que dexo sentada al número 306.

(1) Ley 39. tit. 16. part. 3.

333 Y á no ser esto asi, ó estando por el contrario al dictámen del señor Cañada B(1) para que hasta la existencia misma de la publicacion, aun despues de pasado aquel término, se pudiesen exâminar testigos en otro nuevo plazo, y con el juramento que discurre; ¿cómo ó porque camino de conciliacion congruente se podria responder á las leyes y reflexiones que apunté (2) al principio sobre la exclusiva de testigos pasados aquellos dias? ¿cómo á la 34. tit. 16. de la 3. part. (3) que tan principalmente se afirma y afinca en el transcurso de los plazos, desatendiendo al efecto hasta la renuncia de las partes? ¿cómo á la 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop. que tan repetidamente se recarga (4) sobre que no haya otro término, y que aquel no se pueda alargar ni prorogar? ¿cómo á la 10. del propio tit. 6. y demas concordantes, que al paso que nos mandan hacer la publicacion, corrido que sea el término probatorio, nos previenen (5) muy señaladamente que no se haga hasta que pase? ¿cómo pues se podrá conciliar la mente de esta ley, que quiere que no se haga hasta que pase, con la mente del señor Cañada, que quiere (6) que no pase hasta que se haga? envol-

B(1) La opinion del señor Cañada queda sentada en el n. 322.
(2) Número 319. y 320.
(3) Citada al fin del n. 318.
(4) Referida al n. 319.
(5) Ley 10. tit. 6. lib. 4. Recop. al fin, *ibi*: no se haga hasta que el término sea pasado.
(6) Cañada en el lugar referido al n. 322 *ibi*, y antes de la publicacion.

viéndonos asi en esta patente paradoxa, con que la misma publicacion se nos prepara impracticable.

334 Y finalmente, omitiendo otro cúmulo de incontrastables reflexîones que se presentan contra su opinion, ¿cómo nos hemos de allanar á la invencion de un juramento nuevo, que sobre no prevenirse por las leyes, nos recelamos (1) con harto dolor que por la vehemencia de nuestras pasiones hácia los intereses y amor propio no alcanzaria tal vez á reprimirnos en nuestros desvios? evidenciándose de aqui y de quanto queda expuesto, (2) que el pensamiento del señor Cañada, aunque organizado diestramente por la delicadeza de su autor y sus loables fines, nada tiene de sólido, ni es otra cosa bien exâminado, que una mera arbitrariedad, que desviándonos del espíritu y letra de las leyes, nos pone á la puerta de la injusticia y mas males que quedan (3) apuntados.

(1) Febrero lib. 3. cap. 1. n. 106.
(2) Expuesto por todo este cap. 21.
(3) Número 317. 302. 272. y otros.

ÍNDICE.

se instauran asimismo por verdadera accion, n. 337.
Las fianzas ó estipulaciones pretorias caucionales se promueven ó piden por accion verdadera, n. 338.
El oficio del Juez, y la accion verdadera pueden concurrir á un tiempo terminando á un fin, n. 338.
La restitucion in integrum *se solicita por verdadera accion, n. 339.*
Otros muchos son los casos ó asuntos que se promueven por accion verdadera, y no precisamente por el oficio del Juez, como lo quieren los autores, con referencia á las máxîmas civíles, n. 340.
Las citas ó referencias á las leyes civíles, ó sus expositores, se deben confrontar con el derecho patrio, n. 340.

CAPÍTULO XXII.

Asuntos que se instauran por verdadera accion contra la comun opinion que sienta promoverse por el oficio del Juez.

335 Unas de estas causas son las de alimentos debidos á los hijos por los padres: para esto se supone por (1) los autores de aquella opinion, que

(1) Gregorio Lopez n. 6. de su glos. á la ley 7. tit. 13. part. 6. Castillo lib. 8. cap. 2. n. 4. cap. 19. n. 7. y cap. 23. n 3. y Ollvano *de actionibus* part. 2. cap. 14. n. 25. 26. 41. Antonio Gomez n. 36. de su glos. á la ley 9. de Toro, párrafo *de jure*, vers. *Secunda*, se explica de este modo: *secunda ratio valde subtilis sit, quod*

no se deben, *jure obligationis et actionis*, *sed jure pietatis et commiserationis.* Estos sentimientos, apoyados en las leyes (2) civíles, se resisten á lo dispositivo de las nuestras, que con la direccion de sus palabras á las partes, conforme á las reglas

alimenta debentur filiis de jure naturali ut in leg. Siquis à liberis ff. de liberis agnos. quod tamen debet intelligi, non quod de illo jure sit aliqua obligatio compulsiva, sed vera declaratio sit, quod ex ipso instinctu naturæ Parentes inclinantur filios educare, imo etiam animalia bruta eo modo et ingenio quo possunt.

(2) La ley *Siquis à liberis ff. de liberis agnos.* que nos acaba de citar Antonio Gomez tratando de estos alimentos en su §. 2. dice asi: »*et cum ex æquitate hæc res descendat caritate quæ sanguinis singulorum desideria perpendere judicem oportet.*» Pero la ley 5. tit. 19. de la part. 4. haciendo diferencia entre caridad, ó piedad y obligacion, por esta y no solamente por aquellas, nos enseña que los subministran; sobre lo qual se producen el proemio y la ley 2. á este mismo título con las expresiones patéticas que refiero en este n. 335. Las demas de sus leyes tambien dirigen sus palabras á las partes en esta razon, significándonos asi verdadera obligacion y accion conforme á las reglas que dexo sentadas al n. 233. y 234. de estos Repasos; y particularmente la citada ley 2. no nos debe dexar sobre esto ni el menor escrúpulo de duda, segun asi lo reconoce Antonio Gomez, quien prosiguiendo su explicacion en el lugar referido en la cita anterior, dice de esta manera: »*Sed hodie redacta sunt alimenta in necessitatem, ut per legem teneantur parentes illa præstare, et ita debent intelligi jura civilia positiva, et iste est sensus Bartuli, pro qua sententia et declaratione consedere expresam legem partitæ in lege 2. tit. 19. part. 4.*

que dexo apuntadas en otro (3) lugar, y con las intimaciones (4) mas enérgicas nos anuncian y enseñan, que no solamente por piedad, sí que tambien por deuda natural, por todo derecho, y por conseqüencia por verdadera obligacion y accion (5) estan obligados á criarlos, »dándoles é faciéndoles lo »que es menester, casi las bestias que non han ra»zonable entendimiento aman naturalmente, é crian »sus hijos, mucho mas lo deben hacer los homes, »que han entendimiento, è sentido.... è porque to»dos los derechos temporales è espirituales se acuer»dan en ello.»

336 Otras de estas causas son las de las dotes debidas por los padres á las hijas, suponiéndose (1)

(3) Referidas en el n. 233. y 234. de estos Repasos.

(4) El proemio, y á la ley 2. tit. 19. de la part. 4. se produce con estas intimaciones.

(5) La obligacion ó deuda natural reconocida, ó auxîliada por el derecho positivo ó con direccion de sus palabras á las partes, como aqui se advierte, lo que produce no es su oficio, sino verdadera accion, como se sienta al n. 177. 178. de estos Repasos.

(1) El señor Elizondo con remision á Castillo, y demas autores y textos á que éste se remite, en su lib. 8. cap. 66. n. 62. nos dice en el n. 3. fol. 125. de su tom. 2. que la obligacion que el padre tiene á dotar las hijas, no es por derecho de accion y obligacion, sino por el oficio del Juez. La ley 8. del tit. 11. part. 4. que transcribo en este n. 336. en aquella parte en que en voces las mas terminantes dispensa al efecto verdadera obligacion y accion, absolutamente es inconciliable con esta opinion; y al oficio del Juez á lo sumo le cabrá entrada, en quanto siendo causa pia la dotal, de la

á este propósito, que asi como las de los alimentos á los hijos, asi tambien éstas se deben únicamente por el oficio del Juez; pero este modo de opinar le resisten asimismo abiertamente la ley 8. tit. 11. de la part. 4. que hablando de estas dotes nos enseña terminantemente que los padres »son tenidos »de las dar por premia maguer non quieran» y la 5. tit. 12. de la part. 5. que difiniéndonos la verdadera obligacion, nos enseña como la de las dotes, que es aquella »donde el que la face finca obliga»do por ella, de guisa que maguer non la quiera »cumplir, le pueden apremiar por ella, è facér»sela cumplir.»

337 Otras son (1) las de pura tenencia sin asociacion de posesion; en cuya razon ademas de las muchas (2) leyes Reales, de donde se deduce con evi-

misma manera que la de alimentos, segun lo sienta Castillo, lib. 8. cap. 16. n. 1. al 14. por esta razon podrá interponerse en ella, conforme á la regla que dexo sentada en el n. 235. y 236. en su cita 1. y en el 338. en la 3. y en otros lugares, pero siempre sin perjuicio de la accion que la conceden la referida ley 8. del n. 11. part. 4. y concordante.

(1) Antonio Gomez n. 11. y 12. á la ley 45. de Toro. Xamar *de judiciis* part. 1. quæst. 9. n. 268. al 274.

(2) La ley 10. n. 1. y 2. tit. 14. de la part. 7. dispone que si el menestral á quien se le hubiese dado plata ú otra cosa para hacer alguna obra fuese valioso, ó abonado para resarcirla al dueño, la podrá demandar al que se la robase; pero que si no lo fuese no lo podrá hacer: la 12. del mismo tit. dispone á su n. 3. que el depositario de alguna cosa pueda demandarla al que se la robase si hubiere recibido en sí el

dencia, que el interés que pueda haber en la recuperacion de la cosa, les es la principal ó toda la razon que las estimula á la concesion de verdadera accion, sin consideracion á que dimane este interes de posesion ó de tenencia, ú otra causa, tenemos tambien la 11. del tit. 10. de la part. 7. que hablando de aquellos á quienes se pone en tenencia de alguna cosa por mengua de respuesta, ó á viuda preñada *ventris nomine*, no nos dexa arbitrio á que dudemos, de que, forzada ó perdida que sea, se encuentran desde luego con accion expedita para recuperarla, no necesitando del oficio del Juez para otra cosa que para la imposicion de alguna pena, si le pareciere, como de todo nos instruye su letra que dice: »ninguno de estos que son asi apoderados en los bienes de otro, non han verdadera »posesion en las cosas de que son entregados, como

peligro de su pérdida. La 2. n. 6. tit. 15. part. 7. dice, que si el que tuviese la cosa empeñada, no pudiese cobrar su deuda del que se la empeñó, bien puede demandar enmienda del daño contra qualquiera que se la dañase; pero que no podrá hacerlo si el dueño de la cosa la pudiere pagar. Antonio Gomez en el n. 12. vers. sexto de su glos. á la ley 45. de Toro, opina que los detentadores porque no tienen posesion carecen de toda accion para recuperar la cosa, pero que tienen al efecto el oficio del Juez para que con su pérdida no se enriquezca otro; de manera que bien meditadas estas doctrinas, se advierte entre unas y otras esta diferencia, que Antonio Gomez para reconocer accion á la recuperacion requiere de necesidad la posesion, bastándole para admitir el oficio del Juez el interes que haya en recobrarla; pero á nuestras le-

»quiera que hayan la tenencia de ellas; pero el »que se las tomase asi, débele tomar lo que le to- »mó, con los daños è con los menoscabos que »vinieron por esta razon: otrosi el Juzgador le »puede imponer alguna pena de su oficio, si en- »tendiere que la merece por el atrevimiento que »fizo.»

338 Otras son las (1) de las estipulaciones pretorias, judiciales y comunes, sobre lo qual tratando la ley 41. tit. 2. part. 3. de la *judicio sisti*, nos establece, »que si aquel á quien facen la deman- »da non es raygado en la tierra, puede aquel que se »la quiere facer demandarle fiador que esté á de- »recho, y el demandado es tenudo de lo dar.» Y hablando la 66. de Toro de esta misma caucion, se explica de este modo: »ninguno sea obligado de »se arrigar por demanda de dinero que le sea pues- »ta, sin que preceda informacion de la deuda, ó »á lo menos sumaria de testigos ó de escritura au- »téntica»; evidenciándose de aqui y de la direccion (2) de las palabras de otras leyes á las partes

yes que acabo de enunciar, y á la 11. del tit. 10. part. 7. que refiero en este n. 337. y á las demás concordantes les basta este interes para conceder accion.

(1) Vinio y Salas al §. inicial, y á los §§. 1. 2. y 4. lib. 3. tit. 19. instit. *de divis. stipul.* Olivano *de actionib.* part. 2. lib. 4. cap. 14. n. 49. en que dice: »*implora-tur enim judicis officium nobile, ut adversarius cogatur præstare cautionem, non enim competit actio quia nec subest obligatio, sed subest æquitas, quæ parit officium judicis.*»

(2) La ley 10. n. 8. y 11. tit. 5. part. 3. hablando de

sobre otras tales cauciones, que todas se interponen por verdadera obligacion y accion; sin que sirva de obstáculo á esta proposicion, el que en ocasiones, por favor de causa pia, religion, ó pública, se decreten de oficio, porque es (3) indubitable que por estas causas pueden concurrir ambos remedios de accion y oficio del Juez.

339 Otras de estas causas son (1) las de la res-

caucion de *rato*, se explica tan terminantemente con la direccion de sus palabras á las partes conforme á las reglas que dexo sentadas en el n. 233. de estos Repasos, y ademas mediante las palabras *debe dar recado*, que no nos dexa lugar á que dudemos de la verdadera accion, que dispensa al efecto. En la de *rem pupilli salvam fore* se advierte tambien esto en la ley 9. tit. 16. part. 6. disponiendo en su n. 5. acerca de los tutores legítimos *ibi*: »que antes que usen de los bienes de los »mozos deben dar fiadores valiosos»; á cuyo tenor se toca esto mismo en otras diferentes leyes por lo respectivo á las demas fianzas ó estipulaciones caucionales.

(3) En esta razon, ademas de lo que dexo expuesto en el n. 236. de estos Repasos en su cita 1., tenemos exemplo en estas mismas cauciones que acabo de insinuar; pues sin embargo de la accion que como llevo demostrado nos franquean para ellas las leyes, tambien puede el Juez interponer su oficio en la de *rem ratam haberi*, como nos lo enseña Paz en la quarta anotacion á su práct. n. 8. y 38. porque al público, y á él mismo interesa que sus autos no se hagan ilusorios; y en la *rem pupilli salvam fore* tambien le puede interponer por causa pia, y por ser él mismo responsable del abono de estas fianzas, segun lo refiere Bobadilla lib. 3. cap. 14. n. 99. y lib. 5. cap. 3. n. 140. de su política.

(1) Curia part. 1. §. 16. n. 25. Antonio Gomez tom. 2. Variar. cap. 14. n. 8. Gonzalez lib. 1. tit. 32. cap. 2. n. 6.

titucion *in integrum*: este remedio segun nuestro derecho en substancia no es (2) otra cosa, que una demanda que face el menor para que se le faga desfacer, é se le faga entregar lo que hubiese de menoscabo: en esto procede muy conforme con el constitutivo de la verdadera accion, que es (3) un derecho de poder pedir que la otra parte le haga, le dé, ó le entregue alguna cosa; y por esto, y porque las palabras de nuestras (4) leyes, al ha-

(2) Ley 5. tit. 19. part. 6. tratando de las razones porque puede corregir el menor los pleytos ó posturas que fuesen fechas á su daño, dice á su n. 7. »que puede »pedir al Juez que le faga desfacer el pleyto, ó la »mudacion que fizo á su daño, é que le faga mejo»rar, é entregar lo que hubiese menoscabado.»

(3) Vinio n. 13. de sus Comentarios al §. inicial lib. 4. tit. 6. instit. *de actionib*. Minsingerio al mismo §. n. 19. al 25.

(4) La ley 1. tit. 19. part. 6. dice, »que *restitutio* tanto quiere decir como demanda de entrega que face el menor: la 5. del mismo tit. dice á su n. 7. *ibi*: la restitucion que es otorgada al menor: la 2. tit. 25. de la part. 3. *ibi*: demandar pueden los guardadores entrega del juicio que fuese dado contra los menores: la 16. tit. 10. lib. 2. de la Recop. en su glos. letra *A*. *ibi*: los menores, y otras personas, Iglesias, Universidades á quien segun derecho compete restitucion: la 5. tit. 5. lib. 4. *ibi*: de los menores, ó de qualquier persona ó Universidad que de derecho pueda pedir restitucion: y la 3. tit. 8. del mismo lib. 4. con las demas concordantes que citan sus glosas, dice igualmente, *ibi*: haya lugar de pedir restitucion por alguna parte, ó persona, ó Universidad que tenga privilegio

blar de esta restitucion, constantemente las dirigen á las partes, se hace preciso reconocer que por verdadera accion, y no precisa y únicamente por el oficio del Juez se instaura este remedio; cuyas calidades son asimismo contrarias á la naturaleza de este oficio, el qual ni es un derecho que se radica (5) en la parte, como la (6) restitucion *in integrum*, ni se instaura como ella (7) por demanda, sino por (8) misericordiosa imploracion; resultando al fin por conseqüencia de todo esto, y de lo demas expuesto por todo este capítulo, que las máximas civiles, en cuyo derecho es (9) efectivo, se promovia este remedio por precisa implo-

para la pedir: en el n. 232. en su cita 4. queda sentado que compete accion quando las palabras de la ley se dirigen á las partes, como lo hacen éstas.

(5) Asi lo dexo probado al n. 26. de estos Repasos.

(6) Las leyes de la Recop. que acabo de citar, con la 10. n. 3. tit. 19. de la part. 6. donde se ve que la restitucion *in integrum*, no es un derecho que reside en el Juez como su oficio, segun queda probado al n. 26., sino en la misma parte como verdadera accion.

(7) Las leyes de las partidas que acabo de enunciar en este n. 339. á su cita 4. y lo que expongo en la cita 2. al n. 26. de estos Repasos.

(8) Xamar *de judiciis*, part. 1. quæst. 9. n. 5. Acevedo n. 55. y siguientes á la ley 5. tit. 1. lib. 8. Recop. Antonio Gomez n. 8. cap. 14. lib. 2. Variar. y en la cita 2. al n. 26. de estos Repasos.

(9) Ley 24. §. 5. ff. *de minoribus*, ibi: *ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur; totum hoc pendet ex cognitione Prætoris.* Antonio Gomez n. 8. cap. 14. lib. 2. Variar.

racion de aquel oficio, han dado motivo á que trasladadas sin bastante distincion á las glosas de nuestras leyes, se haya creido que tambien se promueve segun ellas precisa y únicamente por aquella imploracion.

340 Esta misma indistincion es muy reparable en otros muchos (1) casos, que no me detengo á

(1) La nulidad, dice Vancio *de nullitatib.* cap. *quid sit nullitas*, n. 2 al 4. fol. 17. que se instaura en juicio por imploracion del oficio del Juez; pero si atendemos á la ley 2. del. tit. 17. lib. 4. de la Recop. no podrémos menos de reconocer, que no oficio del Juez, sino verdadera accion, es el remedio que compete al efecto: en la reivindicacion de una casa, por exemplo, dicen Vinio y Salas al n. 3. §. 2. lib. 4. tit. 17. instit. *de officio judicis*, y lo indica tambien Gregorio Lopez en el n. 2. de su glosa á la ley 4. tit. 14. de la part. 6. que se piden los frutos *non jure actionis, sed ex æquitate*; pero bien meditada la ley 39. tit. 28. part. 3. parece que para nada se necesita de este oficio, teniendo al efecto accion verdadera. Los honorarios de los Profesores de ciencias, y aun de ciertas artes solamente se podian pedir antiguamente por la misma imploracion del oficio del Juez, segun lo significa la ley 1. ff. *de extraordinaria cognit.* Pero ya en el dia no debemos dudar en que les compete verdadera accion, puesto que pueden vender su patrocinio, como lo apunta Bobadilla en el lib. 3. cap. 14. n. 68. de su Política. A este tenor se encuentran esparcidos en nuestros escritores otros muchos casos en que sin temperamento á nuestro derecho, y por argumento limitadamente de las leyes civiles y sus glosas, se recurre con incongruencia al oficio del Juez, como se podrá reconocer en algunos de los que se recopilan en gran número por Xamar *de judiciis* part. 1.

referir teniendo por bastantes los que vienen apuntados, para que sirvan como de norma á los otros, en que tambien se deberá proceder con igual ó superior crítica á la que queda hecha sobre los que dexo (2) anotados, teniendo consideracion á las perjudiciales resultas que puede ocasionar una ciega deferencia á sus noticias civíles, mayormente en el supuesto de que se tuviesen por legales y justas las muchas y graves diferencias que se señalan (3) entre el oficio del Juez y la accion verdadera.

quæst. 9. por Olivano *de actionib.* part. 2. cap. 14. y su adicional, y por los demas autores á que se remiten estos.

(2) Número 335. al 340. de estos Repasos.

(3) Número 237. al 242. y 252. y 253. al fin, y siguientes, y 26. y otros de estos Repasos.

INDICE GENERAL.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

J.

L.

M.

P.

Q.

R.

S.

T.

ins-

V.